

# **HENSYNET TIL BARNETS BESTE I UTVISNINGSSAKER**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 644  
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen X\* ord

25.11.2010

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Tema og aktualitet</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>Oppgaven</b>	<b>3</b>
1.2.1	Problemstilling	3
1.2.2	Avgrensning	4
<b>1.3</b>	<b>Videre fremstilling</b>	<b>5</b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>METODE OG RETTSKILDER</u></b>	<b><u>6</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Nasjonale rettskilder</b>	<b>6</b>
<b>2.2</b>	<b>Internasjonale rettskilder</b>	<b>8</b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>UTVISNING</u></b>	<b><u>11</u></b>
<b>3.1</b>	<b>Utvisningsinstituttets formål og begrunnelse</b>	<b>11</b>
<b>3.2</b>	<b>Hvem kan utvises?</b>	<b>12</b>
<b>3.3</b>	<b>De objektive vilkårene for utvisning</b>	<b>13</b>
<b>3.4</b>	<b>Barns partsstatus i utvisningssaker</b>	<b>14</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN</u></b>	<b><u>15</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>15</b>
<b>4.2</b>	<b>Utlendingsloven § 70</b>	<b>17</b>
4.2.1	”barnets beste” inntatt i lovteksten	17
4.2.2	Forholdets alvor	18
4.2.3	Utlendingens tilknytning til riket	20
<b><u>5</u></b>	<b><u>BARNETS BESTE-PRINSIPPET</u></b>	<b><u>22</u></b>

<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>22</b>
<b>5.2</b>	<b>Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1</b>	<b>23</b>
5.2.1	Innledning	23
5.2.2	Anvendelsesområdet for prinsippet	24
5.2.3	Prinsippets innhold	25
5.2.4	Prinsippets vekt	27
<b>5.3</b>	<b>Utvisning på grunn av ulovlig opphold når utlendingen har barn i riket</b>	<b>29</b>
5.3.1	Innledning	29
5.3.2	Boplikt/ samvær med barnet	29
5.3.3	Unntak fra hovedregelen	30
<b>5.4</b>	<b>Tidsbegrensning i innreiseforbudet av hensyn til barnet</b>	<b>31</b>
<b>5.5</b>	<b>Betydningen av barnets beste i rettspraksis</b>	<b>33</b>
5.5.1	Innledning	33
5.5.2	Rt. 2005 s. 229	33
5.5.3	Rt. 2009 s. 534	35
5.5.4	LB. 2008 s. 4153	36
5.5.5	Oppsummering	38
<b>5.6</b>	<b>Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8.</b>	<b>39</b>
5.6.1	Barnets rett til familieliv	39
5.6.2	Unntak i art. 8 nr. 2	40
5.6.3	Praksis fra EMD	42
5.6.3.1	Innledning	42
5.6.3.2	Berrehab mot Nederland, dom 18. februar 1988	42
5.6.3.3	Boultif mot Sveits, dom 2. august 2001	43
5.6.3.4	Üner mot Nederland, dom 18. oktober 2006	45
<b>6</b>	<b><u>HØRING AV BARNET</u></b>	<b>47</b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>47</b>
<b>6.2</b>	<b>Barnekonvensjonen art. 12</b>	<b>49</b>
<b>6.3</b>	<b>Utlendingsforskriften § 17-3</b>	<b>52</b>
6.3.1	Innledning	52
6.3.2	Hvem gjelder retten for?	52

6.3.3	Vekten av barnets uttalelse	54
6.3.4	Gjennomføringen av barnets høringsrett	54
6.3.5	Hva samtalen skal inneholde	55
<b>6.4</b>	<b>Konsekvenser av at barnet ikke blir hørt</b>	<b>56</b>
<b>6.5</b>	<b>Forholdet mellom barnets uttalerett og barnets beste</b>	<b>57</b>
<b>6.6</b>	<b>Hvordan sikre en kvalifisert saksbehandling som ivaretar barnet beste?</b>	<b>58</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>AVSLUTTENDE KOMMENTARER</u></b>	<b><u>61</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og aktualitet

Temaet for denne avhandlingen er hensynet til barnets beste i utvisningssaker.

Utvisning betyr at den utviste må forlate Norge og normalt ikke kan reise inn igjen før innreiseforbudet opphører. Begrepet utvisning er definert som bortsending av utlending uten at vilkårene for bortvisning foreligger.<sup>1</sup> Mens bortvisning innebærer at utlendingen må forlate landet eller bli nektet innreise ved grensen, betyr utvisning et forbud mot senere innreise til Norge på varig eller tidsbegrenset basis.<sup>2</sup> Utvisning er videre en forvaltningsmessig avgjørelse og innebærer en konstatering av at de vilkår som er stilt for oppholdet i landet, ikke lenger er oppfylt.<sup>3</sup>

Hjemmel for utvisning av utlendinger finnes i utlendingsloven av 15.mai 2008 nr. 35 §§ 66, 67 og 68. Loven med tilhørende forskrift, utlendingsforskriften, er det sentrale regelverket på dette området. Både brudd på utlendingsloven og straffeloven kan gi grunnlag for utvisning. For at en utlending skal kunne utvises må de objektive vilkår i en av utlendingslovens utvisningsbestemmelser være oppfylt.<sup>4</sup> Det må også foretas en forholdsmessighetsvurdering etter utlendingsloven § 70 hvor blant annet hensynet til barnets beste kommer inn i vurderingen.<sup>5</sup> Videre må utlendingen ikke være vernet mot retur i henhold til Norges internasjonale forpliktelser.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Gisle (2002).

<sup>2</sup> Se utl. § 71, utf. § 14-2 første ledd.

<sup>3</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 15.6.1.

<sup>4</sup> Utl. §§ 66, 67 og 68.

<sup>5</sup> Se pkt. 4.

<sup>6</sup> Utl. § 73.

Utvisning er utlendingsmyndighetenes strengeste reaksjon, og et svært inngripende vedtak for dem det gjelder. Et vedtak om utvisning innebærer at utlendingen pålegges å forlate riket og returnere til sitt hjemland. Dette skal skje med en gang, eller innen en nærmere fastsatt frist, jf. utl. § 90. Norges deltakelse i Schengensamarbeidet innebærer at et utvisningsvedtak som hovedregel også innebærer innreiseforbud i Schengenområdet.<sup>7</sup> Et utvisningsvedtak vil dermed innebære et inngrep i den personlige friheten for utlendingen i form av hvor vedkommende skal bo, feriere, hvem vedkommende skal besøke og lignende.

I tillegg til at et utvisningsvedtak innebærer et inngrep i den personlige frihet for utlendingen, vil vedtaket også innebære et inngrep i familielivet. Et vedtak om utvisning vil kunne ramme barn særlig hardt da det kan innebære en varig eller tidsbegrenset familiesplittelse. Selv om et vedtak om utvisning vanligvis ikke vil være til barnets beste, er det likevel slik at barnets behov ofte må vike for samfunnets behov for en regulert og kontrollert innvandring.

Utvisningssaker hvor barn er involvert er kompliserte og omstridte. Dette kom tydelig frem i sommer da et utvisningsvedtak skapte stor debatt i media. Det var her snakk om en filippinsk dame som jobbet utenfor arbeidstillatelsen og ble utvist med to års innreiseforbud.<sup>8</sup> Grunnen til at denne saken skapte så stor debatt var at utlendingen hadde et barn sammen med sin norske ektefelle. I mediene ble det blant annet hevdet at utvisningsvedtaket innebar et uforholdsmessig tiltak i forhold til hennes nærmeste familiemedlemmer. Det ble spesielt lagt vekt på at det ville være urimelig at et barn på under ett år skulle adskilles fra en av foreldrene i to år. Debatten som oppstod i kjølvannet av denne saken fikk politikerne til å endre bestemmelsen i utlendingsforskriften § 14-1. Endringen medførte at også ulovlig arbeid i mindre enn to år faller inn under bestemmelsen.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> NOU 2004:20, pkt. 12.1.

<sup>8</sup> Saken om Laila Navrud.

<sup>9</sup> Se pkt. 5.3.

I løpet av ett år er tre av fire saker behandlet av Høyesterett avgjort i barnas disfavør.<sup>10</sup> I alle tre sakene førte utvisningsvedtaket til at familien ble splittet. Merete Meidell peker i sin artikkel på at resultatet i disse dommene tyder på at regelverket ikke alltid sikrer rettferdighet for barna, verken i resultat eller i prosess. Hun påpeker at det er viktig med en økt bevissthet rundt dette. Hun trekker spesielt frem viktigheten av å klargjøre de kompliserte og sammensatte spørsmålene knyttet til rettferdighet som oppstår når norske myndigheter fattet beslutninger som fører til at barn avskjæres fra regelmessig kontakt med en av sine foreldre.<sup>11</sup>

## 1.2 Oppgaven

### 1.2.1 Problemstilling

I denne avhandlingen vil jeg rette søkelyset mot hensynet til barnets beste i utvisningssaker, og på hvilken måte dette hensynet blir søkt ivaretatt. Når det gjelder utvisningssaker vil vurderingen av barnets beste være relevant i forhold til om en forelder skal utvises, utvisningens varighet og barnets rett til å bli hørt.

Forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven § 70 vil danne et utgangspunkt for oppgaven der vurderingstemaet vil knytte seg opp mot barnets beste som et grunnleggende hensyn. Jeg vil i oppgaven ta sikte på å gi en fremstilling av når et vedtak om utvisning er uforholdsmessig overfor den utvistes barn, og hvilke momenter som skal inngå i denne forholdsmessighetsvurderingen. For å finne ut om barnets behov blir utredet på en tilstrekkelig måte, vil jeg også gi en fremstilling av barnets rett til å bli hørt i utvisningssaker.

FN-konvensjonen om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er inkorporert i norsk rett gjennom lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30, § 2 nr. 1 og 4. Konvensjonene gjelder dermed som norsk lov og har i henhold til § 3

---

<sup>10</sup> Rt. 2009 s. 705, Rt. 2009 s. 534, Rt. 2008 s. 560.

<sup>11</sup> Meidell (2010) s. 170.

forrang ved motstrid med annen norsk lovgivning. I en utvisningssak hvor den utviste har familie i riket vil dermed EMK og BK være sentrale for å avgjøre forholdsmessigheten av utvisningsvedtaket for barnet.

### 1.2.2 Avgrensning

Utvisningsbestemmelsene angår barn hovedsakelig på to måter. Den første gjelder saker hvor barnet selv utvises. Den andre er saker hvor en eller begge av barnets foreldre utvises. I denne oppgaven vil jeg ta for meg hensynet til barnets beste i saker hvor barnet er berørt av foreldres, eller andre omsorgspersoners utvisningssak. Oppgaven avgrenses følgelig mot saker hvor barnet er part i egen sak, altså der hvor barnet selv vurderes utvist.

Oppgaven avgrenses videre til å gjelde hensynet til barnets beste ved utvisning av tredjelandsborgere.<sup>12</sup> Vurderingen knytter seg derfor til forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 70. En EØS-borger har et utvidet vern mot utvisning, og kan bare utvises av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet, jf. utl. § 122.

Når det gjelder barns rett til å bli hørt vil behandlingen knytte seg til høringen av barn i utvisningssaker. Det avgrenses følgelig mot høring som gjelder samtaler med barn i asylsaker, jf. utlendingsforskriften § 17-4, samt samtale med barn i saker om familieinnvandring, jf. utlendingsforskriften § 17-5.

Retten til respekt for sitt privatliv og familieliv er vernet både av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17. Jeg vil kun behandle EMK artikkel 8 direkte, men redegjørelsen har overføringsverdi til SP artikkel 17. EMK art. 8 taler om “privatliv”, “familieliv”, “hjem” og “korrespondanse”. Fremstillingen i denne oppgaven vil knytte seg opp mot retten til familieliv.

---

<sup>12</sup> Borgere av land utenfor EU/EØS-samarbeidet.



### 1.3 Videre fremstilling

Rettskilder og metodespørsmål behandles i kapittel 2. I kapittel 3 vil jeg kort gjøre rede for hensynene bak utvisning, hvem som kan utvises, barnets partsstatus i utvisningssaker og de objektive vilkårene for utvisning. Forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70 behandles i kapittel 4. Kapittel 5 omhandler barnets beste-prinsippet. Jeg vil her redegjøre for prinsippets anvendelsesområde, innhold og vekt. Videre vil jeg gjøre rede for rettsreglene som gjelder ved utvisning på grunn av ulovlig opphold når utlendingen har barn i riket, og si noe om tidsbegrensning i innreiseforbudet. I dette kapittelet vil jeg også ta for meg noen rettsavgjørelser på område og se hvordan hensynet til utlendingens barn inngår og vektlegges i en forholdsmessighetsvurdering. Jeg vil videre se på EMK art. 8 og redegjøre for familiebegrepet og proporsjonalitetsvurderingen etter EMK art 8 nr. 2. Jeg vil også ta for meg noen dommer fra EMD med hovedvekt på de viktigste hensynene, som gjør seg gjeldende i denne vurderingen.

I kapittel 6 vil jeg gjennomgå bestemmelsene i utlendingsforskriften § 17-3 og barnekonvensjonen artikkel 12 som regulerer barnets rett til å bli hørt. Jeg vil videre si noe om konsekvensene dersom barnet ikke er blitt hørt, forholdet mellom barnets uttalerett og barnets beste, samt si noe om hvordan saksbehandlingen kan ivareta hensynet til barnets beste. Avsluttende kommentarer følger i kapittel 7.

## 2 Metode og rettskilder

I denne oppgaven tar jeg sikte på å klarlegge hva som er gjeldende rett på dette rettsområdet. Dette vil jeg gjøre ved bruk av alminnelig juridisk metode. Jeg vil i det følgende gi en oversikt over det sentrale rettskildematerialet som er relevant for temaet.

### 2.1 Nasjonale rettskilder

Utlendingsadgangen er lovregulert i utlendingsloven av 15.mai 2008 nr. 35, kapittel 8, og er det sentrale regelverket på dette området. Loven med tilhørende forskrift trådte i kraft 1. januar 2010. Utlendingsloven er en såkalt rammelov. Dette vil si at Stortinget gjennom loven trekker opp de rettslige rammene, mens det er overlatt til Regjeringen gjennom forskrift å gi nærmere detaljregulering. Utlendingsforskriften (utf.) vil dermed være en viktig kilde for hvordan loven skal forstås. I utf. kap. 14 er det gitt utfyllende regler om utvisning. Høringsretten til barnet følger av saksbehandlingsreglene i utf. kap. 17. Andre lover vil også være av betydning. Dette gjelder spesielt lov om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967 og lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7.

Siden utlendingsloven er en ny lov, vil forarbeidene utgjøre en viktig kilde for tolkningen av loven. De vil nærmere kunne utdype innholdet og rekkevidden av ord og uttrykk brukt i lovbestemmelsen. Forarbeidene vil også kunne si noe om bakgrunnen for bestemmelsen, og om hvilke forhold den er ment å regulere. De gir dermed et godt bilde av hvordan reglene skal praktiseres.

For å redegjøre for hvordan hensynet til barnet kommer til uttrykk i den konkrete vurderingen som skal foretas ovenfor utlendingens nærmeste familie, vil jeg ta utgangspunkt i relevante avgjørelser fra rettspraksis. Det har i den senere tid vært flere utvisningssaker som har blitt prøvd for domstolene. En av grunnene til dette er at prøvingen har fått ny og forsterket aktualitet i forbindelse med gjennomføringen av internasjonale menneskerettigheter, som BK og EMK. I tillegg er forvaltningens skjønn gjenstand for mer intensiv prøvingsrett nå enn tidligere. Bakgrunnen for dette er at det

har blitt klargjort i rettspraksis at et utvisningsvedtak kan prøves fullt ut av domstolene.<sup>13</sup> Dette fører til at rettspraksis har større vekt som rettskilde enn tidligere.

Utlendingsloven med tilhørende forskrift er som tidligere nevnt relativ ny, og det er av den grunn foreløpig ikke mye utvisningspraksis som baserer seg på den nye loven. Innholdet i forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 70 er imidlertid det samme som etter tidligere lov.<sup>14</sup> Rettspraksis om forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven fra 1988 vil derfor fortsatt ha relevans.

Siden det er få saker om utvisning som havner hos domstolene, vil de fleste saker bli omgjort av forvaltningen. Denne type praksis er derfor en viktig kilde til hvordan man skal tolke utvisningsbestemmelsene.

Et vedtak om utvisning treffes av Utlendingsdirektoratet (UDI) som vedtar om vedkommende skal utvises fra landet. Hvis vedkommende utlending velger å klage på vedtaket behandler UDI saken en gang til. Hvis de ikke finner å ville omgjøre vedtaket sitt, blir klagen sendt til Utlendingsnemnda (UNE). Det er en omfattende forvaltningspraksis i utvisningssaker, og området er for en stor del regulert av rundskriv og internmeldinger. I henhold til den alminnelige rettskildelæren har rundskriv og internmeldinger lav rettskildemessig vekt. De har imidlertid stor praktisk betydning for saksbehandlingen og skjønnsutøvelsen innad i den delen av forvaltningen som behandler utlendingssaker, og er derfor også vesentlig for denne oppgaven. Jeg vil også redegjøre for en sak fra UNEs anonymiserte praksisbase for å belyse momenter som er relevante i vurderingen av forholdets alvor i forholdsmessighetsvurderingen.

---

<sup>13</sup> Se pkt. 4.1.

<sup>14</sup> Utlendingsloven av 1988 § 29 andre ledd og § 30 tredje ledd.

## 2.2 Internasjonale rettskilder

Utlendingsloven skal praktiseres i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, jf. utl. § 3, slik disse kommer til uttrykk i konvensjoner og blir tolket og utviklet i praksis. Dette gjelder likevel bare i den grad de internasjonale reglene styrker utlendingens stilling. Er utlendingen bedre vernet etter norske regler skal disse gjelde.

Sentrale rettskilder for denne oppgaven vil også være EMK art. 8, som gjelder rett til familieliv, BK art. 3 om barnets beste, og BK art. 12 om barnets rett til å bli hørt.

Når det gjelder EMK og BK er de begge inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 1 og 4, og har i henhold til § 3 forrang ved motstrid med annen norsk lovgivning. Dette vil si at bestemmelsene i disse konvensjonene gjelder som norsk lov på linje med annen formell lov.

Frem til inkorporeringen i menneskerettsloven i 2003 berodde gjennomslagskraften til BK og EMK på presumsjonsprinsippet. Prinsippet er en ulovfestet rettskildenorm som går ut på at norske regler skal tolkes slik at de på best mulig måte samsvarer med våre folkerettslige forpliktelser. På utlendingsfeltet var imidlertid folkeretten allerede gjort til en del av norsk rett gjennom sektormonisme. Det vil si at lovgivningen skal gjelde med de begrensninger som følger av folkeretten. Dette var slått fast i den tidligere utlendingsloven § 4, og følger nå av § 3 i loven.

Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), vil videre være en viktig rettskilde ved tolkingen av EMK art. 8. Artikkel 33 og 34 i EMK gir både stater og individer klagerett til EMD. Jeg vil i oppgaven redegjøre for tre sentrale dommer hvor EMD har vurdert om et utvisningsvedtak er i strid med utlendingens rett til familieliv etter EMK art 8.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Se pkt. 5.6.3

EMD har gitt uttrykk for at EMK er ”a living instrument”, og at konvensjonen må være gjenstand for dynamisk tolkning.<sup>16</sup> Det vil si at rettighetene må tolkes i tråd med samfunnsutviklingen. Selv om BK er relativt ny, bør det i en viss utstrekning gjelde en dynamisk tolkning også for denne konvensjonen.<sup>17</sup>

Det fremgår blant annet av EMDs dom *Boultif mot Sveits*, 2. august 2001 at statene er gitt en vid skjønnsmargin i vurderingen av om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn etter EMK art 8. nr 2. Bakgrunnen for denne marginen er dels at det er de nasjonale myndighetene som står saken nærmest både i tid og faktaforståelse og dermed har de bedre forutsetninger for å foreta en riktig vurdering. Dels er det et poeng at EMD ikke skal være en form for fjerdeinstans.<sup>18</sup> Skjønnsmarginen eller ”the margin of appreciation” er et vesentlig trekk ved EMDs tolkning av konvensjonen. Det innebærer at EMD tillegger den enkelte stat en viss grad av skjønn ved fastsettingen av konvensjonens innhold. Skjønnsmarginen får særlig betydning ved forholdsmessighetsvurderingen, og innebærer at den enkelte stat i noen grad selv vil kunne vurdere hva som er et nødvendig inngrep i det aktuelle land.

Når det gjelder tolkningen av BK art. 3 og art. 12 finnes det ingen domstol eller liknende håndhevingsorgan som kan bidra til forståelsen av artiklene. Det er i hovedsak uttalelser fra FNs komité for barns rettigheter (barnekomiteen) som gir en grundigere forståelse av bestemmelsen. Barnekomiteen er nedsatt for å overvåke statenes oppfølging av barnekonvensjonen. Konvensjonspartene skal sende inn periodiske rapporter om hvilke tiltak de har iverksatt for å gjennomføre konvensjonens bestemmelser, og om virkningen av disse. I tillegg til å behandle rapporter fra enkeltland gir barnekomiteen ut uttalelser om ulike temaer, såkalte ”general comments”. Kommentarene redegjør for komiteens forståelse av ulike artikler eller viktige temaer. Komiteens anbefalinger er ikke juridisk bindende, og landene risikerer ikke sanksjoner ved å ikke følge anbefalingene.<sup>19</sup> Uttalelsene gir imidlertid et viktig bidrag ved

---

<sup>16</sup> Se *Tyrer mot Storbritannia* (1978).

<sup>17</sup> *Høstmælingen* (2008) s. 23.

<sup>18</sup> *Høstmælingen* (2003) s. 124.

<sup>19</sup> *Høstmælingen* (2008) s. 20.

tokningen av konvensjonen. Uttalelsene gjelder imidlertid ofte forholdene i en bestemt stat, og vil da i utgangspunktet ikke ha stor rettskildemessig tyngde i andre stater.<sup>20</sup>

I Soria-Moria erklæringen fra den sittende regjeringen er imidlertid signaler fra FNs barnekomite nevnt særskilt. Det følger av erklæringen at: ” Regjeringen vil sikre og styrke barns rettigheter, og vil aktivt følge opp anbefalingene fra FNs ekspertkomite for barn som etterser at FNs barnekonvensjon følges opp.”<sup>21</sup>

En generell kommentar om barnets rett til å bli hørt etter art. 12 kom i 2009, og vil være av sentral betydning for oppgavens gjennomgang av barnets rett til å bli hørt.<sup>22</sup>

Når det gjelder juridisk litteratur om BK, har jeg blant annet benyttet ”Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”, skrevet av Hodgkin og Newell og utgitt av UNICEF. Denne inneholder blant annet bakgrunn for og betydning av de enkelte artikler, kommentarer og anbefalinger fra barnekomiteen og retningslinjer for rapporter fra medlemsstater. Siden boken ikke er utgitt av barnekomiteen, har den begrenset rettskildemessig vekt, men gir likevel god informasjon om konvensjonens bestemmelser.

Videre vil uttalelser fra FNs Høykommissær for Flyktninger (UNHCR) ha betydning for tolkningen av BK art. 3 og art. 12. Høykommissæren har gitt og gir ut en rekke anbefalinger om hvordan sentrale bestemmelser i konvensjonen bør forstås. Landene er ikke forpliktet til å følge Høykommissærens anbefalinger, men norske myndigheter tillegger dem vanligvis stor vekt.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Høstmølingen (2003) s. 78.

<sup>21</sup> Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005–2009 s. 42.

<sup>22</sup> Generell kommentar nr. 12.

<sup>23</sup> NOU 2004:20, pkt. 6.1.2.

### 3 Utvisning

#### 3.1 Utvisningsinstituttets formål og begrunnelse

Utlendingslovens formålsbestemmelse står i utl. § 1.

Denne bestemmelsen angir tre hovedformål. Loven skal gi ”regulering av og kontroll med inn- og utreise og med utlendingers opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser”. Loven skal videre ”legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene, og ivareta rettssikkerheten til utlendinger...” Endelig skal loven gi ”vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av”.

Utvisning faller inn under første ledd i formålsbestemmelsen, da det er et middel myndighetene har i forbindelse med reguleringen og kontrollen med inn- og utreise, og med opphold i riket. Men også annet og tredje ledd i formålsbestemmelsen vil ha betydning for utvisningsadgangen. Regulering og kontroll med innvandringen må for det første ikke gå utover rettssikkerheten til utlendingene. I dette ligger også et vern mot vilkårlighet. Videre vil utlendinger som har krav på beskyttelse sette en skranke for myndighetens adgang til å utvise.

Bestemmelsene i utlendingslovens formålsparagraf blir ofte betegnet som et utslag av innvandringspolitiske hensyn. Dette har sammenheng med at innholdet i innvandringspolitikken skal være demokratisk bestemt.

Hensynene bak adgangen til å utvise er dels allmennpreventive, dels individualpreventive og dels hensynet til offentlig orden og sikkerhet.<sup>24</sup>

Allmennpreventiv effekt gjør seg gjeldende i form av at trusselen om utvisning i seg selv kan virke forebyggende på kriminell atferd og sikre at utlendingslovens regler overholdes.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> RS 2010-024, pkt. 2.2.

Individualprevensjon er bygget på en oppfatning om at utvisningen virker avskrekkende på den enkelte lovbryster. Dette vil føre til at vedkommende unngår handlinger som kan føre til utvisning i fremtiden.

Det er videre en grunnleggende del av innvandringsreguleringen å kunne holde utenfor landets grenser personer som er uønsket her på grunn av kriminalitet eller visse andre forhold. Dersom myndighetene ikke skal ha adgang til å utvise utlendinger som begår kriminalitet eller som truer grunnleggende nasjonale interesser, vil dette kunne stride mot den alminnelige rettsfølelse og svekke folks tillit til utlendingspolitikken.<sup>26</sup> Dette synet ble også fremhevet av Stortingskomiteen da den tidligere utlendingsloven ble vedtatt. Komiteen mente også at det ville være til skade for innvandrerne som gruppe dersom utlendinger som gjør seg skyldige i alvorlige forbrytelser får bli i Norge.<sup>27</sup>

### 3.2 Hvem kan utvises?

Forutsetningen for at utlendingsmyndighetene skal kunne utvise er at det ikke foreligger absolutt vern mot utvisning eller begrensninger i adgangen til å utvise.<sup>28</sup> Et absolutt vern mot utvisning er hjemlet i utl. §§ 69 og 73. Utl. § 69 slår fast at ”en norsk statsborger” ikke kan utvises. Dette følger også av ordlyden i kap. 8 som fastslår at det er ”utlendinger” som kan utvises. En utlending er definert i utlendingsloven som ”enhver som ikke er norsk statsborger.”<sup>29</sup> Hvem som anses som norske statsborgere følger av statsborgerloven.<sup>30</sup> Det følger videre av utl. § 69 annet ledd at ”en utlending som er født i riket og som senere uavbrutt har hatt fast bopel her” heller ikke kan utvises.

---

<sup>25</sup> Ot.prp. nr 75 (2006-2007) pkt.15.6.1.

<sup>26</sup> Ot.prp. nr.75 (2006-2007) pkt. 15.6.1.

<sup>27</sup> Innst. O. nr.92 (1987-1988), s 18.

<sup>28</sup> RS 2010-024, pkt. 3.

<sup>29</sup> Utl. § 5 første ledd.

<sup>30</sup> Lov om norsk statsborgerskap av 10 juni 2005 nr 51.



Utlendingen må videre ikke være vernet mot retur til hjemlandet etter utl. § 73. Det avgjørende her er om utlendingen fyller vilkårene for beskyttelse etter utl. § 28 første ledd bokstav a eller b.

Begrensninger i adgang til å utvise følger av de objektive vilkårene for utvisning som gjennomgås i det følgende.

### 3.3 De objektive vilkårene for utvisning

De objektive vilkårene for utvisning framgår av utlendingsloven §§ 66-68, og avhenger av hva slags tillatelse utlendingen har til opphold i riket. Utl. § 66 regulerer utvisning av utlendinger som ikke har oppholdstillatelse i Norge. Utl. § 67 regulerer utvisning av utlendinger som har midlertidig oppholdstillatelse i Norge, mens utl. § 68 regulerer tilfellene hvor utlendingen har permanent oppholdstillatelse i Norge.<sup>31</sup>

Utvisningsbestemmelsene er ”kan”-bestemmelser. Det betyr at hvis de objektive vilkårene for utvisning er tilstede er det opp til forvaltningens skjønn om utlendingen skal utvises eller ikke.

Utvisning kan treffes som følge av grov eller gjentatt overtredelse av utlendingsloven, på grunnlag av ilagt straff eller særreaksjon for et straffbart forhold eller når grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig.

Dersom utlendingen er ilagt straff, er det strafferammen i straffebudet som utlendingen har overtrådt som er avgjørende for om vilkåret er oppfylt. Kravet til strafferammen avhenger videre av utlendingens oppholdsgrunnlag. I de tilfeller hvor utlendingen ikke har oppholdstillatelse i riket, kreves det at utlendingen er ilagt straff for et forhold som kan ”føre til fengselsstraff i mer enn tre måneder.”<sup>32</sup> For utlendinger med midlertidig oppholdstillatelse gjelder et utvidet utvisningsvern ved at det er et vilkår at det

---

<sup>31</sup> Tidligere kalt bosettingstillatelse jf. utl av 1988 §30.

<sup>32</sup> Utl. § 66 bokstav b og c.

straffbare forholdet må kunne ”føre til fengselsstraff i mer enn ett år.”<sup>33</sup> For utlendinger med permanent tillatelse er kravet til strafferammen ytterligere skjerpet og krever at utlendingen er ilagt straff for et forhold som kan ”føre til fengselsstraff i to år eller mer.”<sup>34</sup>

Etter utl. §§ 67 og 68 kreves det i tillegg at straffen er ilagt eller sonet for ”mindre enn ett år siden, mens det etter utl. § 66 ikke er noen tidsbegrensninger i adgangen til å fatte vedtak om utvisning.

Overtredelse av utlendingsloven er straffbart, jf. utl. § 108. Etter utl. § 66 første ledd bokstav a kreves det imidlertid ikke at forholdet er avgjort i en straffesak for å fatte vedtak om utvisning. Bestemmelsen gjelder kun for utlendinger som ikke har oppholdstillatelse i Norge, og vil gi mulighet for en rask reaksjon. Bestemmelsen inneholder fire forskjellige utvisningsalternativer. Det kan utvises for grovt brudd på utlendingsloven, for gjentatte overtredelser av loven, for å forsettlig eller grovt uaktsomt ha gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger, og for å unndra seg gjennomføring av vedtak som innebærer at man skal forlate landet.

### 3.4 Barns partsstatus i utvisningssaker

Et utvisningsvedtak er et forvaltningsvedtak som ilegges av utlendingsmyndighetene. For å finne ut av hvem som anses som part i et vedtak om utvisning, må man derfor gå til bestemmelsene i forvaltningsloven. Den som er part har etter forvaltningsloven blant annet rettigheter til å uttale seg om saken og rett til innsyn i saken.

En part defineres i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e som den ”...person som en avgjørelse retter seg mot eller ellers direkte gjelder.” I utvisningssaker vil vedtaket

---

<sup>33</sup> Utl. § 67 første ledd bokstav a og b.

<sup>34</sup> Utl. § 68 første ledd bokstav a og b.

rette seg mot den som vurderes utvist og ikke mot eventuelle familiemedlemmer i riket.<sup>35</sup>

Selv om barnet ikke er formell part i utvisningssaken til en av foreldrene, er det imidlertid presisert i BK art. 12 at barn har rett til å gi uttrykk for sine synspunkter i ”alle forhold som vedrører barnet”. Det følger videre av bestemmelsen at barnet skal ”særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet”. Barnet er altså ikke avhengig av å være en formell part for at det skal ha rett til å uttale seg.

Et problem ved at barnet ikke er en formell part i saken, er at taushetsplikten gjelder overfor barnet. Dette fører til at utlendingsforvaltningen ikke har lov til å informere barnet om at en av foreldrene vurderes utvist uten samtykke fra denne forelderens. Utvisningsvarselet går til den som vurderes utvist, og det blir da opp til foreldrene å informere om barnets rett til å uttale seg. Dersom ikke foreldrene informerer barnet, eller samtykker i at barnet blir informert, vil heller ikke myndighetene kunne gi barnet denne informasjonen i henhold til taushetsplikten.

## **4 Forholdsmessighetsvurderingen**

### **4.1 Innledning**

Når det er etablert at de objektive vilkår for utvisning er tilstede, må det foretas en subjektiv vurdering av om utlendingen likevel kan utvises. Denne vurderingen kalles forholdsmessighetsvurderingen, og gjør seg særlig gjeldende i saker hvor utlendingen har familie og barn i riket. Det er nemlig samfunnets interesse i å utvise en person som

---

<sup>35</sup> NOU 2004:20, pkt 13.1.3.

har begått straffbare handlinger eller overtrådt utlendingsloven, som skal vurderes opp mot de konsekvensene en utvisning vil få for den utviste og vedkommendes familie.<sup>36</sup> De to forhold som angis som momenter ved denne avveiningen, er på den ene side alvoret i det straffbare forhold og på den annen side utlendingens tilknytning til Norge. Momentene trekker i hver sin retning; Jo alvorligere det straffbare forhold er, dess sterkere må tilknytningen være for å utgjøre en tilstrekkelig motvekt ved forholdsmessighetsvurderingen. Det er på det rene at det skal mindre til for å utvise en utlending uten noen annen form for tilknytning til riket enn et kortvarig opphold her, enn en utlending som har vært bosatt her i mesteparten av sitt liv, og som har etablert seg her med familie- og arbeidsforhold.

Forholdsmessighetsvurderingen er en skjønnsmessig vurdering og har vært gjenstand for diskusjon i forhold til domstolenes prøvningsadgang. I Rt. 1995 s 72 ble det lagt til grunn at forholdsmessighetsskjønnet ved utvisning ikke kan prøves i større utstrekning enn andre vedtak som hører under forvaltningens frie skjønn. Dette utgangspunktet har senere gradvis blitt snudd helt rundt, jf. blant annet Rt. 2000 s. 591. I denne dommen uttaler Høyesterett at bestemmelsen gir anvisning på et rettsanvendelsesskjønn, og at domstolene har full prøvelsesrett. Dette synspunktet har blitt opprettholdt og domstolen prøver nå utvisningsvedtak fullt ut.<sup>37</sup>

I tillegg til at norsk rettspraksis samt forvaltningspraksis gir veiledning for vurderingen, må forholdsmessighetsvurderingen også foretas etter den praksis som foreligger fra EMD og Høyesterett i forhold til EMK art. 8. nr. 1 og 2, og som regulerer retten til familieliv.<sup>38</sup> Norske domstoler har lagt til grunn at det som skal vurderes etter EMK art. 8 og BK art. 3 er omfattet av forholdsmessighetsvurderingen i norsk rett.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> RS 2010-024, pkt 8.1.

<sup>37</sup> Einarsen (2008) s. 104.

<sup>38</sup> Bunæs (2004) s. 335.

<sup>39</sup> RS 2010-024, pkt. 8.2.

## 4.2 Utlendingsloven § 70

### 4.2.1 ”barnets beste” inntatt i lovteksten

Det følger av utl. § 70 (1) at en utlending ikke kan utvises ”dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene.” Det følger videre av bestemmelsen at i ”saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”

Denne bestemmelsen skiller seg fra den tidligere utlendingsloven<sup>40</sup> ved at det i den nye loven er inntatt en formulering i lovteksten om at ”barnets beste” skal være et grunnleggende hensyn. Det fremgår av forarbeidene til dagens lov at det å fremheve hensynet til barnets beste i lovteksten ble gjort for å sikre særskilt bevissthet omkring dette hensynet.<sup>41</sup> Det blir også pekt på at det ut fra informasjonshensyn er ønskelig at det i lovverket presiseres at hensynet til barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn.<sup>42</sup> Det blir imidlertid presisert i forarbeidene at det ikke innebærer noen endring i forhold til gjeldende rett, men kan ha pedagogisk betydning.<sup>43</sup>

Flertallet i stortingskomiteen som behandlet lovforslaget, understreket behovet for å sikre at man tar tilstrekkelig hensyn til barnets beste i saker som gjelder utvisning, og ba departementet vurdere å gi forskriftsregler som i enda større grad sikrer at hensynet til barnets beste blir ivaretatt i forbindelse med utvisningssaker.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Lov av 24 juni 1988, nr. 64 §§ 29(2), 30(3), 58(5).

<sup>41</sup> Ot.prp. nr 75 (2006-2007), pkt. 15.6.3.

<sup>42</sup> NOU 2004:20, pkt 4.10.3.2.

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 15.6.3.

<sup>44</sup> Se Innst O. Nr 42 (2007-2008) pkt. 14.2.

#### 4.2.2 Forholdets alvor

”Forholdets alvor” omfatter både straffebudets strafferamme og den idømte straff eller særreaksjon.<sup>45</sup> Det fremgår av lovforarbeidene at det må ses hen til hensynene bak utvisningsinstituttet når forholdets alvor skal vurderes.<sup>46</sup> Det er hensynet til at lovreglene om utvisning skal virke allmennpreventivt og at folks tillit til innvandringsreguleringen ikke svekkes, som er av størst betydning. Det er derfor lagt til grunn at når det gjelder grove kriminelle handlinger, skal det følges en streng utvisningspraksis. Det at det ved alvorlig kriminalitet må kunne påvises uvanlig store belastninger for den utviste selv eller hans familie før utvisning kan karakteriseres som et uforholdsmessig tiltak, er blant annet illustrert i Rt. 2000 s. 591 og gjentatt i Rt. 2009 s. 534.

Av UDIs rundskriv<sup>47</sup> som gir en oversikt over vilkår og praksis for utvisning ved brudd på utlendingsloven og/eller straffbare forhold, fremgår det at det kan sees hen til følgende momenter ved vurderingen av hvor alvorlig tilfellet er:

- Strafferammen
- Grovheten av det straffbare forhold/lovbruddet
- Faktisk utmålt straff
- Tidligere straffbare forhold
- Nye straffbare forhold
- Gjentakelsesfaren
- Skjerpende omstendigheter
- Formildende omstendigheter

Strafferammen er et uttrykk for hvor alvorlig lovgiver og også samfunnet for øvrig ser på denne typen forbrytelse. Grovheten av det straffbare forhold har videre stor betydning ved vurderingen av forholdets alvor. Utlendinger som er straffedømt for de

---

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt.15.6.3.

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt.15.6.3.

<sup>47</sup> RS 2010-024, pkt. 8.3.

alvorligste forbrytelsene vil kunne utvises med varig innreiseforbud tiltross for at utlendingen har familie og barn i riket. Det fremgår av UDIs rundskriv at grove forbrytelser vil være lovbrudd som kan føre til fengselstraff i seks år eller mer.<sup>48</sup> Dette kan for eksempel være grove narkotikaovertrедelser, grove voldshandlinger og vold eller overgrep overfor nære familiemedlemmer.

Dersom utlendingen har overtrådt straffeloven, tar domstolene hensyn til en rekke momenter ved utmålingen av straffen. De ser for eksempel på om det er gjentatt kriminalitet og skjerpende omstendigheter ved lovbruddet, typisk om det er organisert kriminalitet eller om det er en situasjonsbetinget handling. Dette er også momenter som kommer inn i vurderingen av forholdet alvor.

For å belyse hvordan forholdets alvor blir vurdert i en konkret sak, vil jeg kort redegjøre for en sak fra UNEs praksisdatabase hvor utlendingsmyndighetene legger avgjørende vekt på forholdets alvor.<sup>49</sup> Saken gjaldt et utvisningsvedtak av en utlending som kom til Norge som 15-åring og hadde fire barn i riket. I vurderingen av forholdets alvor ble det vist til at utlendingen var ilagt en straff av fengsel i fem år og seks måneder for et forhold som hadde en øvre strafferamme på fengsel i 12 år. Bakgrunnen for dommen var vold og vinningsforbrytelse. Det ble videre lagt vekt på at han hadde blitt ilagt straff for gjentatte lovbrudd av alvorlig karakter. Sterke allmennpreventive hensyn talte for utvisning. Det forelå en gjentakelsesfare for straffbare handlinger, og dette var et moment som hadde betydning i vurderingen av forholdets alvor. I denne saken kunne ikke tilknytningen til riket tillegges avgjørende vekt da utlendingens forhold til samboeren hadde blitt innledet etter at han hadde begått de straffbare handlingene, og han hadde kun hatt begrenset samvær med barna.

Forholdets alvor får også betydning ved fastsetting av innreiseforbudets lengde. Etter fast praksis stilles det strenge krav til forholdets alvor for at utlendinger som har barn i Norge, skal utvises.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> RS 2010-024, pkt. 8.5.2.

<sup>49</sup> Referanse: 2745612780.

<sup>50</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 15.1.4.

#### 4.2.3 Utlendingens tilknytning til riket

Når det gjelder utlendingens tilknytning til riket, tas det blant annet hensyn til utlendingens oppholdsgrunnlag og om oppholdet har vært lovlig, ankomstalter, oppholdstid og graden av integrering i Norge. Som nevnt er dette en skjønnsmessig helhetsvurdering av flere momenter, som skal belyse forholdets alvor på den ene siden og utlendingens tilknytning til riket på den andre. Disse to sidene skal veies mot hverandre, og denne avveiningen skal lede til en konklusjon om vedtakets forholdsmessighet. Momentene er ikke lovfestet, men i forarbeidene til utlendingsloven gir departementet en ikke-uttømmende oppsummering av viktige momenter i gjeldende rett:<sup>51</sup>

- utlendingens tilknytning til Norge vurdert i forhold til tilknytningen til hjemlandet, der momenter som botid og slektninger i hhv. Norge og hjemlandet, alder ved ankomst til Norge, grunnlaget for oppholdet i Norge, reiser til hjemlandet og lengden av eventuelle opphold der, språkferdigheter mv. er relevant,
- om utlendingen har familie og eventuelt mindreårige barn i Norge, og hensynet til dem, herunder om utlendingen bor sammen med sin familie, har omsorgsansvar for barn mv. I denne forbindelse vil også utlendingens betydning for eventuelle særkullsbarn av ektefelle/samboer måtte vektlegges.
- hvorvidt familielivet ble etablert før eller etter at utlendingen burde forstått at utvisning kunne være aktuelt,
- muligheten for fortsettelse av familieliv i hjemlandet,
- utlendingens eller familiemedlemmenes helsetilstand og konsekvenser ved utvisning av denne grunn,

---

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) pkt 15.6.3.



- graden av integrering gjennom blant annet utdanning og arbeid.

Utlendingsmyndighetene må altså i denne vurderingen se hen til de konsekvensene en utvisning vil ha for familie og barn. Det vil som vi ser blant annet ha betydning om den som vurderes utvist har forsørgeransvar for barna og hvordan omsorgsevnen til den gjenboende er. Dette er momenter som særlig har betydning for vurderingen av barnets beste. Barnets alder vil også være et moment i denne vurderingen. Dersom barnet er eldre kan kontakten med den utviste forelderen opprettholdes med for eksempel brev, telefon, e-post og ved at barnet kan foreta reiser alene. Dette vil kunne være aktuelt i de tilfellene hvor barnets forelder er utvist med et begrenset innreiseforbud

Når det gjelder momentet om hvorvidt familielivet ble etablert før eller etter at utvisning kunne være aktuelt, fremgår det i forarbeidene at hvis ektefellene på tidspunktet for inngåelsen av ekteskapet visste at den ene parten var utvist eller ville kunne bli utvist, vil det redusere ekteskapets betydning for forholdsmessighetsvurderingen. I slike saker vil ikke tilknytningen opparbeidet i denne perioden tillegges særlig vekt da paret ikke har hatt en berettiget forventning om å leve sammen i riket. Når det gjelder hensynet til barna tilføyes det imidlertid følgende: ” Hvis den utviste har fått barn i det nye forholdet, kan imidlertid forholdsmessighetsvurderingen falle annerledes ut, først og fremst av hensyn til barnet, men også dette spørsmål må bero på en konkret vurdering av alle relevante hensyn.”<sup>52</sup> Det fremgår av UDIs bakgrunnsnotat til vårkonferansen 2006 at ”terskelen for utvisning av foreldrene er høyere hvis barnet har bodd her lenge og har venner, skolegang etc. i landet.”<sup>53</sup> Dette må særlig gjelde dersom en utvisning av en forelder vil medføre at barnet følger med den utviste forelderen til hjemlandet.

---

<sup>52</sup> NOU 2004:20, pkt. 12.3.1.4.

<sup>53</sup> UDI 2006. Barnets beste og regulert innvandring- en motsetning? s. 20.

## 5 Barnets beste-prinsippet

### 5.1 Innledning

Barnets beste er relativt. Det som er best for ett barn, er ikke nødvendigvis best for et annet barn i samme situasjon. Foreldre og myndighetspersoner kan også vurdere situasjonen for et barn forskjellig. Det kan derfor være vanskelig å fastsette hva som er til barnets beste i hver sak.

Når et utvisningsvedtak treffes skal det skje en konkret og individuell vurdering av hva som er best for det barnet saken gjelder, innenfor de rammene lovgivningen trekker opp.<sup>54</sup> Både generelle og individuelle forhold vil kunne inngå i en slik vurdering. Når det gjelder hensynet til barnet i en utvisningssak, vil imidlertid utvisning av en forelder vanligvis ikke være til barnets beste. Et vesentlig element i et barns liv er å få omsorg under oppveksten, og det anses normalt til barns beste å få omsorg og få være sammen med sine foreldre eller andre nære omsorgspersoner.

I Generell kommentar nr.7 peker barnekomiteen på at små barn, det vil si barn under 8 år, er spesielt sårbare når det gjelder de negative konsekvenser av atskillelse fra foreldrene. Det heter blant annet: ”Små barn er særlig sårbare for de negative følgene av en slik atskillelse, på grunn av sin fysiske avhengighet av og følelsesmessige tilknytning til sine foreldre/primære omsorgspersoner. De har også dårligere forutsetninger for å forstå omstendighetene rundt en slik atskillelse. De forhold som vanligvis har mest omfattende negative følger for små barn, er bl.a... situasjoner der barna opplever brutte relasjoner (herunder tvungen atskillelse)...”<sup>55</sup>

Ved denne vurderingen vil også FNs barnekonvensjon art. 9 være av betydning. Artikkelen regulerer retten til ikke å bli adskilt fra sine foreldre og pålegger staten å respektere barnas rett til kontakt og samvær med begge foreldrene. Når en forelder utvises fra landet, vil det av ulike grunner ofte være vanskelig, eller umulig, for barnet å flytte med. Utvisningen vil i disse tilfellene i realiteten innebære en krenkelse av

---

<sup>54</sup> Høstmølingen (2008) s. 58.

<sup>55</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr 7, avsnitt 18.

barnets rett til samvær med forelderen. Selv om BK art. 9 ikke inneholder et forbud mot utvisning, må også barnets rett til å ha kontakt og samvær med forelderen være sentralt i vurderingen av om en forelder skal utvises.<sup>56</sup>

Det fremgår imidlertid av UDIs rundskriv at barnekonvensjonens bestemmelser vil kunne få betydning i en utvisningssak, men ingen av bestemmelsene i konvensjonen er i seg selv til hinder for at det treffes et vedtak om utvisning. BK art. 9 nr. 4 forutsetter at statene kan treffe vedtak om utvisning selv om det skulle innebære at et barn blir fraskilt fra sin far eller mor.<sup>57</sup>

Det vil være vanskelig for myndighetene å vurdere hva som vil være til det enkelte barns beste med mindre barna gis anledning til å uttale seg i slike saker. Barnets rett til å bli hørt henger altså tett sammen med vurderingen av barnets beste.

## 5.2 Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1

### 5.2.1 Innledning

I 1989 vedtok FNs generalforsamling konvensjonen om barnets rettigheter (barnekonvensjonen). Barnekonvensjonen er en menneskerettighetskonvensjon som gir barn og unge under 18 år et særskilt menneskerettighetsvern. Barn er en utsatt gruppe i samfunnet, som har behov for beskyttelse mot overgrep både fra myndighetene og fra enkeltindivider.

BK omfatter alle barn som oppholder seg her i landet.<sup>58</sup> Dette gjelder altså uavhengig av om barna har oppholdstillatelse eller ikke.

---

<sup>56</sup> [http://www.barneombudet.no/barnekonvensjonen/tolkninger/barns\\_rett/](http://www.barneombudet.no/barnekonvensjonen/tolkninger/barns_rett/).

<sup>57</sup> RS 2010-024, pkt 8.5.2.

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 3.7.1.

Bakgrunnen for art. 3 nr. 1 er det samme som ligger til grunn for hele konvensjonen, altså å klarlegge og styrke barns rettigheter. Dette er videre begrunnet med at barn er mer sårbare enn voksne og at de derfor trenger særskilt vern og omsorg<sup>59</sup>

### 5.2.2 Anvendelsesområdet for prinsippet

Barnekomiteen har fremhevet BK art. 3 som en av fire artikler i BK som skal gjelde som generelle prinsipper for hele konvensjonen.<sup>60</sup> Det vil si at prinsippet også skal tas i betraktning ved tolkning og anvendelse av de øvrige artiklene i konvensjonen.

I mange av dommene i utlendingssaker er det sagt at BK ikke får egen betydning ved siden av EMK art 8. Men de to konvensjonene ivaretar i noen grad ulike interesser, og BK må vurderes selvstendig.<sup>61</sup> Dette har også Høyesterett slått fast i Rt. 2005 s. 229, hvor barnets beste-prinsippet trekkes inn i vurderingen.

Regelen i BK art. 3 er generelt utformet og det lar seg vanskelig utlede noen konkrete rettsvirkninger av den. Bakgrunnen for dette er blant annet at prinsippet skal gjelde alle barn verden over. Innholdet vil dermed variere over tid, fra kultur til kultur og i forhold til hvilken kontekst man befinner seg innenfor.<sup>62</sup> Forarbeidene til utlendingsloven konkluderer med at flere av reglene i konvensjonen er relevante i utlendingsrettslig sammenheng, men at bestemmelsene i liten grad angir rettsregler som gjør det mulig å utlede entydig rettsfølge av et gitt rettsfaktum. Derimot angir bestemmelsene retningslinjer til konkrete vurderinger.<sup>63</sup>

Av ordlyden i art. 3 nr. 1 følger det at statene forpliktes til å ta barnets beste i betraktning. Plikten foreligger videre ”ved alle handlinger som berører barn”. Det følger av dette at prinsippet om barnets beste skal ha et vidt anvendelsesområde. Etter

---

<sup>59</sup> Ot.prp. nr.75 (2006-2007) pkt. 3.7.1.

<sup>60</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr. 5. pkt. 12.

<sup>61</sup> Høstmælingen (2008) s. 233.

<sup>62</sup> Høstmælingen (2008) s. 47.

<sup>63</sup> NOU: 2004:20, pkt. 4.10.3.

ordlyden retter plikten seg mot lovgiver, som må foreta en generell vurdering av hva som er barnets beste ved vedtakelse av lover. Plikten retter seg også mot forvaltningen, som må foreta en individuell vurdering i hver enkelt sak. Det siste er også i tråd med at BK fastslår at barnet er et eget rettssubjekt. Dette betyr at de er egne individer med individuelle rettigheter. For å følge opp prinsippet om barnets beste, må utlendingsforvaltningen gjøre en individuell vurdering i hva som er barnets beste i hver enkelt sak. Denne vurderingen må også foretas der barnet er tredjepart. Dette er tilfelle i saker der utvisning av foreldre skal behandles.

FNs høykommissær for flyktninger har i sine retningslinjer for barnets beste-vurderingen også gitt uttrykk for den samme forståelsen av prinsippets rekkevidde:

”The principle arising from Article 3 of the CRC, that the best interests of the child shall be a primary consideration, must be applied in a systematic manner for any action by UNHCR that affects children of its concern. It applies to actions affecting children in general or specific groups of children, as well as to those affecting individual children of concern.”<sup>64</sup>

UNICEF uttaler i sin håndbok at staten i enkeltsaker må kunne bevise at spørsmålet om det konkrete barnets beste er undersøkt, og at hensynet til barnets beste har vært et grunnleggende hensyn.<sup>65</sup> Det er med andre ord ikke nok å foreta en vurdering av hva som generelt sett er barns beste.

### 5.2.3 Prinsippets innhold

Det er vanskelig å utlede noen konkret rettighet fra ordlyden i BK art. 3 (1) da rettigheten som tidligere nevnt er generelt utformet, og det materielle innholdet av barnets beste ikke er definert i konvensjonen. Det må altså bli opp til hver enkelt stat å

---

<sup>64</sup> UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child (2008) s. 20.

<sup>65</sup> Hodgkin (2007) s. 38.

vurdere nærmere hva som er til barnets beste, og det må foretas en individuell vurdering av hva interessene til det berørte barnet tilsier. Barnets beste er altså et spørsmål om et konkret skjønn i den enkeltes sak, og tidligere rettsavgjørelser vil dermed ha begrenset betydning som prejudikater.

For å komme fram til hvilke momenter som skal tillegges vekt i vurderingen av barnets beste i utlendingssaker, kan det imidlertid være nyttig å se hen til andre rettsområder der barnets beste er en mer innarbeidet norm.<sup>66</sup> Barnets beste er blant annet et sentralt vurderingstema både i barnevernsaker og i barnefordelingssaker. Etter barnevernloven § 4-1 skal det blant annet legges vekt på stabil og god voksenkontakt, og kontinuitet i omsorgen ved denne vurderingen. I forarbeidene til barnevernloven sies det at momentet understreker betydningen av kontakt med de biologiske foreldrene, også når barnet er i omsorg utenfor familien.<sup>67</sup> Dette må også være aktuelt i utvisningssaker hvor barnet risikerer å adskilles fra en forelder for en lengre periode.

FNs høykommissær for flyktninger har gitt følgende vurdering av prinsippet i sine retningslinjer for barnets beste-vurderingen:

“The term “best interests” broadly describes the well-being of a child. Such well-being is determined by a variety of individual circumstances, such as the age, the level of maturity of the child, the presence or absence of parents, the child’s environment and experiences.”<sup>68</sup>

Når det skal vurderes hva som er til barnets beste i en konkret situasjon, er det viktig at det innhentes informasjon fra relevante kilder. Viktige informanter vil være barnet selv, en eller begge foreldrene eller andre nærstående, og fagfolk med nødvendig kompetanse til å uttale seg i den konkrete saken.

---

<sup>66</sup> Stang (2008) s. 35.

<sup>67</sup> Innst.O.nr.80(1991-1992) s.13.

<sup>68</sup> UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child (2008) s. 14.

#### 5.2.4 Prinsippets vekt

Det følger av BK art. 3 nr 1 at barnets beste skal være ”a primary consideration” i alle handlinger som berører barn. Dette er oversatt til et ”grunnleggende hensyn” i den norske versjonen av konvensjonen. Ordlyden tilsier at prinsippet skal være tungtveiende, men bestemmelsen åpner for at andre hensyn kan veie tyngre. Ordlyden sier imidlertid ikke noe om hva som kan være konkurrerende hensyn. Under arbeidet med konvensjonsteksten var det fremmet ulike forslag til hvor sterkt hensynet til barnets beste skulle stå.<sup>69</sup> Uttrykk som ”the primary” og ”paramount” ble diskutert. Forslagene ble forkastet av hensyn til at andre parter kan ha likestilte, eller overordnede interesser som strider mot barnets beste. Ordlyden ”primary” er likevel et sterkt uttrykk. Det er på det rene at det er den engelske teksten som er gjeldende rett, og at tolkningen av denne er at barnets beste skal være et meget tungtveiende moment.

I en utvisningssak vil innvandringspolitiske hensyn kunne gå foran hensynet til barnets beste i BK art.3. I Rt. 1993 s. 1591 uttalte Høyesterett at det var ”klart at lagmannsretten ikke har feiltolket BK art. 3 når den har lagt til grunn at myndighetene ikke er avskåret fra å legge vekt på andre momenter enn hensynet til barnets beste”.

Selv om andre hensyn kan gå foran hensynet til barnet i visse tilfeller, understreker barneombudet at det skal sterke grunner til for at barnets beste kan settes til side.<sup>70</sup> Hovedregelen er at barnets beste skal være førende for resultatet, og at et unntak der barnets beste må stå tilbake for andre hensyn særlig må begrunnes. Det følger videre av barneombudets uttalelser at det uansett må avklares hva som er barnets beste, og at det må synliggjøres hvilke hensyn som eventuelt vektlegges mer og hvorfor disse hensynene skal gå foran barnets beste. Dette er i tråd med Unicefs uttalelse som er nevnt i pkt 5.2.2.

FNs høykommissær for flyktninger har også gitt uttrykk for en lignende oppfatning i sine retningslinjer for barnets beste-vurderingen:

---

<sup>69</sup> Høstmølingen (2008) s. 48.

<sup>70</sup> [http://www.barneombudet.no/barnekonvensjonen/tolkninger/barns\\_rett/](http://www.barneombudet.no/barnekonvensjonen/tolkninger/barns_rett/).

”The general principle contained in the CRC provides that the best interests of the child shall be a primary consideration. The Convention does not, however, exclude balancing other considerations, which, if they are rights-based, may in certain rare circumstances override the best interests considerations.”<sup>71</sup>

Det at en formulering om hensynet til barnets beste nå er inntatt i forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 70, kan tyde på at vekten av dette prinsippet har blitt sterkere. I Rt. 2009 s. 930 uttaler mindretallet om hensynet til barnet beste i BK art. 3 følgende: ”ved vurderingen av vekten av dette hensynet i utvisningssaker, er det av interesse at utlendingsloven 2008... har en bestemmelse om forholdsmessighet tilsvarende utlendingsloven § 29 annet ledd hvor det uttrykkelig fremgår at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn.”

FNs barnekomité har ikke vært fornøyd med hvordan hensynet til barn blir ivaretatt i utvisningssaker. I sin rapport fra 2005 kom de med en oppfordring til Norge om i større grad å ta hensyn til barns beste i utvisningssaker: ”Komiteen ber parten innstendig om å sikre at barnets beste er et hovedanliggende når det skal fattes vedtak om utvisning av barnets foreldre.”<sup>72</sup> I sin rapport fra 2010 uttaler komiteen at de setter pris på at barnets beste blir framhevet som et veiledende prinsipp i den nye utlendingsloven fra 2008. Komiteen er likevel betenkt over at prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, fortsatt ikke gjelder på alle områder som angår barn i utlendingssaker.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child (2008) s. 76.

<sup>72</sup> Behandling av Norges tredje rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen, pkt. 22.

<sup>73</sup> Behandling av Norges fjerde rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen, pkt. 22.



### 5.3 Utvisning på grunn av ulovlig opphold når utlendingen har barn i riket

#### 5.3.1 Innledning

Ulf. § 14-1 regulerer utvisning på grunn av ulovlig opphold når utlendingen har barn i riket. Første ledd stiller opp en hovedregel om at utlendinger som har barn i riket på visse vilkår ikke skal utvises på grunnlag av ulovlig opphold eller arbeid i Norge.

Denne bestemmelsen ble som nevnt endret i sommer på bakgrunn av saken om Laila Navrud. Etter den tidligere bestemmelsen skulle en utlending som har hatt lovlig opphold i riket i mindre enn to år som hovedregel ikke utvises på dette grunnlag, hvis utlendingen har barn i Norge som vedkommende skal bo fast sammen med og fyller vilkårene for familiegjeningforening. Den 23. juli i år ble det sendt en instruks fra justis- og politidepartementet til Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda om at bestemmelsen i utf. § 14-1 skulle utvides til å også omfatte ulovlig arbeid i mindre enn to år.<sup>74</sup> Justis- og politidepartementet forklarer bakgrunnen for endringen med at hensynet til barnets beste skal vektlegges sterkere i tilfeller hvor bruddet på utlendingsloven består i at utlendingen har arbeidet ulovlig.<sup>75</sup>

#### 5.3.2 Boplikt/ samvær med barnet

Etter ulf. § 14-1 første ledd bokstav b er det et vilkår at utlending skal bo fast sammen med barnet. Denne bestemmelsen har blitt kritisert av Rettspolitisk forening som mener den oppstiller et for strengt vilkår.<sup>76</sup> De viser blant annet til Justisdepartementets retningslinjer for utvisningsvurderingen i saker som berører barn.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> GI-18/2010.

<sup>75</sup> GI-2010-006.

<sup>76</sup> Rettspolitisk forening: ”Høringsuttalelse til utlendingsforskriften”.

<sup>77</sup> Retningslinjer for utvisning av utlendinger med barn i Norge. Justisdepartementet 15.mars 1999, inntatt i IM 1999-036.

Det fremgår av disse retningslinjene at utvisning på grunn av ulovlig opphold skal som hovedregel ikke skje hvis ”utlendingen har samværsrett av et visst omfang, som kan oppfylles dersom vedkommende etter søknad kan få tillatelse på dette grunnlag.”

Hovedregelen om at utvisning ikke skal skje er altså ikke begrenset til tilfeller hvor utlendingen skal bo sammen med barnet.

Rettspolitisk forening peker imidlertid på at utlendinger som utvises på grunn av ulovlig arbeid eller opphold sjelden vil oppfylle vilkårene for familiegjengenforening på grunnlag av samværet, da utl. § 52 stiller vilkår om at søkeren har hatt tillatelse det siste året. Situasjonen kan likevel oppstå for eksempel hvis det ulovlige arbeidet eller oppholdet ligger tilbake i tid, og utlendingen i mellomtiden har oppholdt seg i riket med tillatelse.

Når det gjelder kravet til omfang av samvær med barnet, kreves det etter utl. § 52 første ledd bokstav c at utlendingen har samværsrett av ”et visst omfang”. Ordlyden innebærer at det må foretas en konkret vurdering hvor utf. § 9-3 annet ledd kan gi en viss pekepinn på hva som kreves.<sup>78</sup> Det følger av denne bestemmelsen at samvær av et ”visst omfang” som hovedregel skal tilsvare en ettermiddag i uken, annenhver helg, fjorten dager i sommerferien, samt jul eller påske. Dette er det samme omfanget som blir omtalt som vanlig samværsrett etter barneloven § 43 annet ledd.

### 5.3.3 Unntak fra hovedregelen

I ulf. § 14-1 annet og tredje ledd er det gjort modifikasjoner i, og unntak fra, hovedregelen. Blant annet gjelder ikke hovedregelen om unnlatt utvisning når det ikke er uforholdsmessig å forutsette at familielivet kan videreføres i et annet land enn Norge, eller dersom utlendingen har brutt plikten til å søke om tillatelse fra hjemlandet.

Hvis ikke alle vilkårene i utf. § 14-1 er oppfylt, skal det på vanlig måte vurderes om utvisning vil være et forholdsmessig tiltak etter utl. § 70.

---

<sup>78</sup> Bestemmelsen får tilsvarende anvendelse for samværskravet etter utl. § 52, jf. utf. § 9-9.

Det følger av UDIs rundskriv<sup>79</sup> at siden bestemmelsen ikke er absolutt, men fastsetter at utvisning ”som hovedregel” ikke skal skje, kan det være situasjoner hvor det ut fra forholdene vil være aktuelt å vurdere utvisning, selv om samtlige av vilkårene i forskriften § 14-2 er oppfylt.

#### 5.4 Tidsbegrensning i innreiseforbudet av hensyn til barnet

Dersom de objektive vilkårene for utvisning er oppfylt og utvisning anses for å være et forholdsmessig tiltak, må det på nytt foretas en skjønnsmessig vurdering med hensyn til varigheten av innreiseforbudet. Det kan forekomme at varig utvisning anses uforholdsmessig, mens en tidsbegrenset utvisning vil kunne være forholdsmessig.

Vurderingen skal skje med utgangspunkt i utl. § 71 annet ledd, jf. utf. § 14-2. Det fremgår av utl. § 71 annet ledd at innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for kortere tidsrom enn to år. I forskriftens § 14-2 første ledd er det presisert at innreiseforbudet etter en konkret helhetsvurdering kan settes til to år, fem år eller varig. Departementet uttaler at dersom myndighetene mener at det ikke er grunn til å reagere med utvisning for minimum to år, bør utvisning unnlates og det bør eventuelt velges en annen reaksjon.<sup>80</sup>

Det følger av utf. §14-2 at den konkrete helhetsvurderingen skal foretas etter lovens § 70. De forhold det skal legges vekt på i den skjønnsmessige vurderingen av innreiseforbudet varighet, er med andre ord langt på vei de samme som er relevante for forholdsmessighetsvurderingen.

Det er videre tatt inn en hovedregel om tidsbegrensning av innreiseforbudet i utl. § 14-2 annet ledd. Bestemmelsen oppstiller to forhold hvor innreiseforbudet skal gjøres tidsbegrenset av hensynet til barnets beste. Det første forhold er dersom utlendingen i

---

<sup>79</sup> RS 2010-024, pkt. 8.5.3.

<sup>80</sup> Ot.prp nr.75 (2006-2007) pkt. 15.6.5.

lenger tid har bodd fast sammen med barnet og skal fortsette å bo sammen med barnet. Det andre forholdet er dersom utlendingen har utøvd samvær med et visst omfang og skal videreføre samværet med barnet. Dersom utlendingen faller inn under et av disse forholdene, tyder det på at kontakten med barnet er såpass sterk og det vil derfor innebære en ekstra stor belastning for barnet dersom utlendingen skulle bli utvist på varig grunnlag. Bestemmelsens vilkår om at samværet med barnet må være av et ”visst omfang” følger av utf. § 9-3 annet ledd og gjennomgås i pkt 5.3.2.

Ifølge § 14-2 tredje ledd kan det etter en konkret helhetsvurdering likevel være grunnlag for varig innreiseforbud ut fra nærmere angitte forhold, og etter § 14-2 fjerde ledd kan avbrudd i familielivet med barnet tillegges vekt ved vurderingen av innreiseforbudets varighet.

I 1999 ga Justisdepartementet retningslinjer for praksis i saker om utvisning av utlendinger med barn i Norge.<sup>81</sup> Retningslinjene innebar justeringer i praksis, og kom som en følge av en økt vektlegging av hensynet til barn. Det fremgår her at utlendinger som har barn i riket som de bor sammen med eller utøver samvær med av et visst omfang, skal i utgangspunktet ikke utvises med varig innreiseforbud. Dette gjelder imidlertid ikke de utlendingene som er straffedømt for alvorlige forbrytelser, herunder grove narkotikaovertrедelser, grove voldsforbrytelser, voldshandlinger overfor barnet eller barnets mor, incest eller er domfelt gjentatte ganger.

I et høringsbrev fra Justis- og politidepartementet av 8. september i år blir det blant annet foreslått noen endringer i utf. §14-2 som følge av et EUs returdirektiv. Det fremgår av høringsbrevet at det i proposisjonen til Stortinget (Prop.L) om endringer i utlendingsloven er foreslått en endring i utl. § 71 annet ledd som går ut på at bestemmelsen åpner for at innreiseforbud kan ilegges for ett år. Det foreslås derfor en tilsvarende endring i utf. § 14-2 første ledd. Endringen er ment å omfatte utvisning i direktivtilfellene. Med ”direktivtilfellene” menes tredjelandsborgere med ulovlig opphold som er omfattet av EUs returdirektiv. Departementet påpeker at endringen ikke

---

<sup>81</sup> IM 1999-036.

er ment å påvirke praksis i de øvrige utvisningstilfellene. Det er videre foreslått at utvisning av utlendinger på bakgrunn av brudd på utlendingsloven etter utl. § 66 første ledd bokstav a, ikke skal kunne utvises med varig innreiseforbud med mindre offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig. Det foreslås at denne bestemmelsen skal danne et nytt annet ledd i § 14-2, mens den nåværende bestemmelsen i § 14-2 annet ledd, blir foreslått som et nytt tredje ledd.<sup>82</sup>

## 5.5 Betydningen av barnets beste i rettspraksis

### 5.5.1 Innledning

Forholdsmessighetsvurderingen er en skjønnsmessig vurdering som kan prøves fullt ut av domstolene. I det følgende vil jeg se på noen rettsavgjørelser som Høyesterett og Lagmannsrett har avsagt om temaet, og se på hvordan de argumenterer.

Dette vil gi et klarere syn på hva som er gjeldene rett på området og det vil synliggjøre hvilke momenter som skal inngå i en forholdsmessighetsvurdering og hvordan hensynet til barnet blir vektlagt.

### 5.5.2 Rt. 2005 s. 229

Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak om utvisning etter den daværende utl. § 29 annet ledd.

Det var her snakk om et utvisningsvedtak med et toårig innreiseforbud ilagt en pakistansk statsborger. Utlendingen kom til Norge høsten 1995 etter å ha giftet seg med en norsk statsborger. De hadde tre barn sammen som alle var norske statsborgere. 17.

---

<sup>82</sup> Se Justis- og politidepartementet, høringsbrev 08.09.2010.

november 2000 ble han dømt til ubetinget fengsel i 8 måneder for overtredelse av straffeloven § 228 første ledd, jf. § 232 og § 182 første ledd annet straffalternativ.

Bakgrunnen for dommen var voldelige handlinger overfor en fem år gammel nevø samt forfalskning av vigsel- og fødselsattest for å få oppholdstillatelse for nevøen.

Høyesterett behandlet spørsmålet om vedtaket måtte anses som et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingens nærmeste familie, jf. lovens § 29 annet ledd. Førstvoterende, med tilslutning fra de øvrige dommerne, uttalte her følgende: ”Det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte så vel økonomisk, som følelsesmessig og sosialt, og lett medføre psykiske problemer. Det gjelder ikke minst når en familie skilles som følge av utvisningen. Slike belastninger vil ikke i seg selv være tilstrekkelig til å si at en utvisning er et uforholdsmessig tiltak.”

Det som imidlertid var spesielt i denne saken, og som fikk særlig betydning, var at begge foreldrene hadde vært borte fra barna ved to anledninger tidligere da foreldrene var varetektsfengslet og da de sonet sine fengselsstraffer. Det blir uttalt at barna på fire, åtte og ni år reagerte svært negativt på denne ufrivillige atskillelsen fra foreldrene. Av lagmannsrettens dom fulgte det at belastningene for barna trolig ville forsterkes ved en ny atskillelse fra far.

Det ble videre lagt vekt på at ektefellens helsetilstand og hennes begrensede mulighet til å alene ha omsorgen for barna i to år. Førstvoterende uttaler at det vil ”være en betydelig risiko for at hun ikke vil klare å håndtere de problemer en utvisning av A vil medføre for barna og heller ikke omsorgen for dem.”

Høyesterett la også vekt på at de straffbare handlingene var situasjonsbetinget og at det ikke forelå gjentakelsesfare.

Etter en vurdering av de straffbare forholdene som utlendingen var dømt for opp mot de belastningene som en utvisning ville medføre særlig for barna, kom Høyesterett til at utvisning her ville være uforholdsmessig.

Forholdet til BK art. 3 blir også omhandlet i denne dommen. Det blir her uttalt at prinsippet om barnets beste må trekkes inn i vurderingen av om et utvisningsvedtak er forholdsmessig, når den som utvises, har barn i riket.

Førstvoterende fant avveiningen ”særdeles vanskelig”, men kom ”under tvil” til at belastningen på barna var så store at utvisningen var uforholdsmessig.

### 5.5.3 Rt. 2009 s. 534

Dommen gjaldt spørsmålet om utvisningsvedtaket var et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingens barn, jf. Utlendingsloven av 1988 § 29 annet ledd.

Saken gjaldt utvisning av en utenlandsk mor med to døtre på fem og seks år.

Bakgrunnen for utvisningsvedtaket var brudd på utlendingsloven som følge av at hun reiste til Norge i strid med et innreiseforbud på to år, ga uriktige og villedende opplysninger og hadde hatt ulovlig opphold og arbeid her.

Om forholdets alvor uttalte Høyesterett at det ved vurderingen av alvorret i de forholdene utlendingen har begått ikke kan legges vesentlig vekt på hvorledes de skal bedømmes strafferettslig. Overtredelsene av utlendingsloven må snarere ses i et forvaltningsrettslig perspektiv.

Høyesterett mente at de forhold utlendingen hadde begått måtte karakteriseres som meget alvorlige. Det ble også vist til at den tilknytning utlendingen hadde fått til riket ikke gjorde utvisningen uforholdsmessig overfor henne, da hun aldri hadde hatt en berettiget forventning om å kunne få bli i Norge.

Når det gjaldt hensynet til barna uttalte Høyesterett at hensynet til barna er grunnleggende, men ikke nødvendigvis avgjørende. I forhold til tidsbegrensningen i innreiseforbudet kommenterer førstvoterende at moren kan søke om oppholdstillatelse i Norge etter det har gått to år.

Førstvoterende siterte videre uttalelsene fra Rt. 2000 side 591 og Rt. 2005 side 229 hvor det fremgår at bare uvanlig store belastninger kan veie opp for meget alvorlig kriminalitet. Han mener det samme må gjelde for meget alvorlige brudd på utlendingsloven. Førstvoterende mener videre at en slik forståelse er forenlig med EMK art. 8 nr. 2

I denne saken var utlendingens samliv med barnas far brutt. Barna hadde bodd sammen med mor fra fødselen, men bodde nå hos far som hadde blitt tilkjent daglig omsorg for barna mens moren fikk samværsrett. Høyesterett fant at barnas omsorgssituasjon ville være tilfredsstillende selv om utvisningen av mor ble stående, og at man her var innenfor en normalsituasjon hva gjaldt belastninger for barnet som følge av en utvisning av en forelder. Høyesterett uttalte videre at det heller ikke var noe i saken som tilsa at barna er sterkere knyttet til sin mor enn til sin far. Høyesterett viser videre til Rt. 2005 s. 229 i forbindelse med vurderingen av barnas særlige omsorgsbehov.

Dommen er avsagt under dissens 3-2. Bade flertallet og mindretallet viste til BK art. 3. Mindretallet mener at en utvisning av barnas mor ikke er forenlig med forutsetningen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Det pekes her på at barna er i en sårbar alder og at en utvisning med to års innreiseforbud vil være meget inngripende overfor barna.

#### 5.5.4 LB. 2008 s. 4153

Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak om utvisning etter den daværende utlendingsloven § 29 første ledd bokstav a.

Det var her snakk om et utvisningsvedtak med et toårig innreiseforbud ilagt en syrisk statsborger på grunn av brudd på utlendingsloven. Utlendingen kom til Norge i 1999 og



oppgå gjentatte ganger uriktig identitet og statsborgerskap. Han fikk en datter i august 2003, og har senere bodd sammen med barnet og barnets mor.

Lagmannsretten er enig med utlendingsnemnda i at utvisningsvedtaket verken kan anses uforholdsmessig i forhold til utlendingen selv eller han samboer. Hovedspørsmålet i denne saken var om vedtaket var et uforholdsmessig tiltak i relasjon til datteren. Ved denne vurderingen tok retten utgangspunkt i BK art. 3 nr. 1, og viste til at det etter Høyesterettspraksis kreves at belastningen for den utvistes barn må være særlig tyngende dersom utvisningen skal anses uforholdsmessig.

Lagmannsretten legger til grunn at gjennomføring av utvisningsvedtaket vil føre til splittelse av familien i minst to år. De uttaler at det ikke er realistisk at samboeren eller barnet følger med utlendingen til Syria.

I denne saken var barnets helsesituasjon et tungtveiende hensyn. Den fem år gamle datteren var født med alvorlige misdannelser, og hadde vært operert flere ganger. På grunn av smerter i forbindelse med behandlingene hadde hun utviklet frykt for fremmede. Dette gjaldt særlig for helsepersonell, og hun hadde opplevd traumatiske opplevelser i forbindelse med dette.

Videre var barnets særlige tilknytning til faren, samt morens omsorgsevne avgjørende for vurderingen.

Det fremgår av dommen at datteren er sterkt knyttet til faren og at han er en meget sentral omsorgsperson for henne. Lagmannsrettet uttaler at "et lengre fravær av faren som en omsorgsperson hun er nært knyttet til, vil klart ikke være til Ds beste."

Moren hadde i lengre tid vært syk med diagnosen depressiv lidelse. Hennes omsorgsevne var derfor betydelig svekket. Lagmannsretten pekte i den forbindelse på at den daglige omsorgssituasjonen for barnet ville bli bekymringsfull, og en utvisning av faren ville kunne medføre usedvanlig store belastninger for datteren.

Lagmannsretten kom her til at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig i forhold til datteren. Det ble uttalt at ”kombinasjonen av fraværet av far, Ds helsemessige problemer og den virkning utvisningen kan ha for mors omsorgsevne, gjør at det er stor fare for at utvisning av A kan få meget betydelige og varige skadevirkninger for D”.

### 5.5.5 Oppsummering

Vi ser av dommene som er gjennomgått ovenfor at kravene for å få tilkjent utvisningsvedtaket ugyldig synes å være meget strenge. Det kreves at belastningen for den utvistes barn må være særlig tyngende dersom utvisningen skal anses uforholdsmessig.

I Rt. 2005 s. 229 ble det slått fast at: ”Det normale er at en utvisning vil gripe inn i et etablert familieliv på en belastende måte så vel økonomisk, som følelsesmessig og sosialt, og lett medføre psykiske problemer. Det gjelder ikke minst når en familie skilles som følge av utvisningen. Slike belastninger vil ikke i seg selv være tilstrekkelig til å si at en utvisning er et uforholdsmessig tiltak.” Denne uttalelsen har blitt en slags prinsipputtalelse for dette området, og blir stadig referert til i andre dommer.

Ut fra dommene ser vi at det er visse vurderingstema som går igjen når det gjelder spørsmålet om hva som er relevant å se hen til ut fra ”barnets beste”. Foreldrenes helsetilstand og deres omsorgsevne er et sentralt vurderingstema. Dersom det foreligger mangler ved den andre forelderens omsorgsevne kan dette tale for at utvisning vil være uforholdsmessig for barnet. Også barnets helsesituasjon vil kunne ha betydning. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at den utviste har et sykt barn i riket, det må i tillegg foreligge flere andre faktorer for at ugyldighet skal kunne komme på tale.

Barnets beste-prinsippet i BK art. 3 blir nevnt i alle tre dommenen. Prinsippet blir imidlertid ilagt liten selvstendig betydning. Selv om prinsippet skal være et grunnleggende hensyn, blir det etter mitt syn gitt for lav vekt i forhold til innvandringspolitiske hensyn. Det kan imidlertid virke som om hensynet til barnet blir

mer og mer nevnt og at barnekonvensjonen nå i stadig større grad får en selvstendig plass i Høyesteretts argumentasjon. Dette vises blant annet i Rt. 2009 s. 534 hvor mindretallet på to dommere mente at utvisningen var uforholdsmessig på grunn av hensynet til barna.

## 5.6 Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8.

EMK ble utarbeidet av Europarådet og undertegnet 4. november 1950.<sup>83</sup> EMK gjelder, som tidligere nevnt, som formell lov i Norge.<sup>84</sup> EMK art. 8 stadfester at enhver har rett til respekt for sitt familieliv. Siden EMK gjelder som norsk lov kan ikke Norge utvise en utlending dersom dette innebærer et brudd på art. 8 i konvensjonen. Om utvisningen er et brudd på EMK art. 8 vil bero på en individuell vurdering i hver enkelt sak.

EMK art. 8 stadfester at enhver har rett til respekt for sitt familieliv. Etter artikkelens ordlyd er ”enhver” beskyttet av retten etter EMK art. 8. Selv om barn ikke uttrykkelig er nevnt i bestemmelsen, er det klart at bestemmelsen også omfatter barn. Barnet har altså en selvstendig rett til samvær med og omsorg fra sine foreldre.

### 5.6.1 Barnets rett til familieliv

Det følger av EMK art. 8 at barn har rett til familieliv. En utvisning innebærer dermed et inngrep i retten til dette familielivet etter EMK art 8. For at bestemmelsen skal kunne komme til anvendelse må det foreligge et familieliv mellom den utviste og barnet.

For å finne frem til rekkevidden av retten til respekt for familieliv, må en finne ut hva som forstås med «familie». Utgangspunktet for forståelsen av begrepet omfatter i første

---

<sup>83</sup> Gisle (2002).

<sup>84</sup> Menskrl. § 2.

rekke foreldre og barn, hvor både barn født i og utenfor ekteskap faller inn under bestemmelsen<sup>85</sup>

I dommen Berrehab mot Nederland stadfester EMD at relasjonen til et barn født i et ekteskap i utgangspunktet utgjør familieliv, selv om ektefellene senere skulle gå fra hverandre.<sup>86</sup>

Det at en forelders utvisning fører til atskillelsen med barnet, anses som utgangspunktet ikke for å være i strid med art. 8, dersom det er mulighet for barnet å følge med, slik at familiens enhet bevares i et annet land.<sup>87</sup> Dette må i så fall gjelde i de tilfeller hvor det ikke anses som uforholdsmessig at barnet skal følge med.

#### 5.6.2 Unntak i art. 8 nr. 2

Retten til familieliv gjelder imidlertid ikke absolutt. Det følger av EMK art. 8 nr. 2 at inngrep må godtas dersom lovgiver begrunner dette i et legitimt formål, og at dette har et rettslig grunnlag som er tilstrekkelig klart. Inngrepet må dessuten kunne anses som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. I det siste vilkåret ligger det også et krav til forholdsmessighet.

For å kunne gjøre inngrep i vernede interesser etter art 8 nr. 1, må for det første formålet med inngrepet falle inn under et av de formål som er listet opp i EMK art. 8 nr 2. Relevante formål er blant annet hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet og for å forebygge uorden eller kriminalitet. I forhold til utvisningsvedtak vil alle disse formålene kunne være relevante for hensynet bak vedtaket.

---

<sup>85</sup> Lorenzen (1994) s. 234.

<sup>86</sup> Se pkt. 5.6.3.1.

<sup>87</sup> Lorenzen (1994) s. 239.

Inngrep i familielivet etter EMK art. 8 krever videre at inngrepet er i samsvar med loven. Det at vi har et legalitetsprinsipp i norsk rett sikrer at dette vilkåret er oppfylt. Utlendingsmyndighetene kan med andre ord ikke fatte et vedtak om utvisning uten at det er hjemmel for det i formell lov.

Til slutt må også inngrepet være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Dette er et sammensatt og skjønnspreget tema, hvor det avgjørende langt på vei er hva EMD på et gitt tidspunkt finner samfunnsmessig og menneskerettslig rimelig og hensiktsmessig, i lys av rettsutviklingen og samfunnsutviklingen for øvrig.<sup>88</sup>

I vilkåret ”nødvendig i et demokratisk samfunn” ligger det også et krav til forholdsmessighet. Det må i denne vurderingen foretas en avveining av de interesser staten har i å forebygge uorden og kriminalitet mv, og de problemer en utvisning vil måtte medføre for utlendingen selv og hans familie.<sup>89</sup> Denne vurderingen blir ofte omtalt som proporsjonalitetsprinsippet, og er i hovedtrekk den samme vurderingen som gjøres etter utl. § 70.

Når det gjelder kravet til nødvendighet er det ikke tilstrekkelig at inngrepet er nyttig, rimelig eller ønskelig.<sup>90</sup> EMD uttaler i Handyside-dommen<sup>91</sup> at inngrepet må være begrunnet i et påtrengende samfunnsmessig behov.

Statene er som tidligere nevnt gitt et relativt stort skjønnsrom i forhold til denne vurderingen, men det er likevel klar praksis fra retten på at den griper inn hvis den anser inngrep for å være ikke-proposjonale, ikke-nødvendige eller når det er sannsynliggjort at andre og mindre inngrep kunne blitt iverksatt.

I Rt. 2000 s.591 bemerker annenvoterende på side 600 at hans forståelse av bestemmelsen i § 30 tredje ledd er vel forenlig med Den europeiske

---

<sup>88</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) pkt. 9.4.1.

<sup>89</sup> Bunæs (2004) s. 339.

<sup>90</sup> Lorenzen (1994) s 55.

<sup>91</sup> Handyside mot UK (dom av 7. desember 1976).

menneskerettsdomstols (EMD) og Høyesteretts praksis etter EMK art. 8 nr. 2 om retten til familieliv.

I forarbeidene til utlendingsloven<sup>92</sup> legger utvalget til grunn at man med ”temmelig stor sikkerhet kan fastslå at gjeldende norsk praksis ligger trygt innenfor de rammene som følger av EMK art. 8.” Departementet slutter seg til denne vurderingen i proposisjonen.<sup>93</sup>

### 5.6.3 Praksis fra EMD

#### 5.6.3.1 Innledning

EMD kan prøve om en norsk avgjørelse om utvisning er i strid med EMK art. 8 om retten til familieliv. Skulle EMD komme til et slikt resultat, er Norge som konvensjonspart forpliktet til ”å rette seg etter Domstolens endelige dom i enhver sak de er part i”.<sup>94</sup>

Nedenfor vil jeg belyse tre sentrale dommer fra EMD for å gi en oversikt over hvordan EMD praktiserer forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art. 8 annet ledd, samt hva som faller inn under familiebegrepet i EMK art. 8 første ledd.

#### 5.6.3.2 Berrehab mot Nederland, dom 18. februar 1988

Saken gjaldt et utvisningsvedtak av en marokkansk statsborger (Berrehab). Han ble skilt fra sin nederlandske kone, som han hadde ett barn med. Den fraskilte hustruen hadde

---

<sup>92</sup> NOU 2004:20 pkt. 8.3.1.

<sup>93</sup> Ot.prp (2006-2007) pkt. 9.4.1.

<sup>94</sup> EMK art 46(1).

omsorgen for barnet, men Berrehab så datteren fire ganger i uken og flere timer hver gang. Hans oppholdstillatelse ble ikke forlenget på grunn av skilsmissen, og han ble dermed utvist fra Nederland. Staten mente det forelå mulighet for korte besøk mellom far og datter, og at familielivet således ikke ville krenkes ved utvisning.

EMD slo fast at det fortsatt forelå familieband til datteren, og at det ikke kunne kreves at moren flyttet med ham til Marokko. Selv om faren ikke hadde bodd sammen med datteren og moren etter fødselen, la EMD avgjørende vekt på at han hele tiden hadde hatt regelmessige og lange samvær med sin datter fire ganger i uken, og at de følelsesmessige båndene var sterke.

EMD fastslo videre at inngrepet ikke var rettfærdiggjort etter EMK art. 8 annet ledd, selv om myndighetene gis en vid skjønnsmargin når det gjelder innvandring. Hensynet til familieliv og kontakten med barnet var sentralt i avgjørelsen.

#### 5.6.3.3 Boultif mot Sveits, dom 2. august 2001

Saken gjaldt et utvisningsvedtak av en algerisk statsborger. Bakgrunnen for vedtaket var at utlendingen var dømt til to års ubetinget fengsel på grunn av at han i 1994 ranet og utførte vold mot en mann.

EMD skulle avgjøre om utvisningen var nødvendig i et demokratisk samfunn. Ut fra EMDs vurderingskriterier er det også overtredelsens art og alvorlighet som skal veies opp mot hensynet til utlendingen selv og hans familie.

Om forholdets alvor bemerket retten at lovbruddet var alvorlig og det kan gi en viss frykt for at utlendingen utgjør fare for offentlig orden og sikkerhet. Denne frykten ble likevel begrenset av at utlendingen ikke begikk nye lovbrudd frem til han forlot Sveits i 2000 og at han oppførte seg bra under soning.

Familiesituasjonen til utlendingen blir videre et viktig moment for å drøfte om vedtaket er forholdsmessig i forhold til utlendingen selv og hans familie. EMD oppstiller følgende momenter som er relevante i en vurdering av hvorvidt utvisning er nødvendig i et demokratisk samfunn, når utvisning gjør det vanskelig for ektefellen eller familien å fortsette samlivet:

”In assessing the relevant criteria in such a case, the Court will consider the nature and seriousness of the offence committed by the applicant; the duration of the applicant's stay in the country from which he is going to be expelled; the time which has elapsed since the commission of the offence and the applicant's conduct during that period; the nationalities of the various persons concerned; the applicant's family situation, such as the length of the marriage; other factors revealing whether the couple lead a real and genuine family life; whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship; and whether there are children in the marriage and, if so, their age. Not least, the Court will also consider the seriousness of the difficulties which the spouse would be likely to encounter in the applicant's country of origin, although the mere fact that a person might face certain difficulties in accompanying her or his spouse cannot in itself preclude expulsion. ”

I forhold til familiesituasjonen ser vi at EMD legger vekt på lengden på ekteskapet, og andre faktorer som kan vise om ektefellene hadde et ekte og genuint familieliv. Det kan videre ha betydning om ektefellen visste om lovbruddet før familielivet ble etablert, om det er barn i ekteskapet, og barnas alder. EMD ser også hen til muligheten for ektefellen å følge med utlendingen til hans hjemland. I denne vurderingen vil alvorlighetsgraden av de problemene ektefellen vil møte dersom hun følger med han være sentral. Det at ektefellen vil møte enkelte problemer er imidlertid ikke nok til å hindre utvisning.

EMD kom i denne dommen til at et familieliv utenfor Sveits ville bli umulig. Ektefellen kunne ikke forventes å flytte til Algerie da hun ikke hadde noen tilknytning til landet. Utlendingen hadde tidligere bodd i Italia og befant seg antakeligvis der under saksgangen. Et familieliv i Italia kunne likevel ikke være noe alternativ så lenge det ikke kunne bevises at de begge ville få lovlig opphold der.



Selv om kriminalitetens alvor ofte er avgjørende for rettsfølelsen, ser vi at EMD her legger stor vekt på oppholdstid i deportasjonsland og oppholdsland, bånd til begge land og konsekvenser av utvisning. EMD gir et relativt stort spillerom til statene i vurderingen om utvisningen vil være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Domstolens konklusjon i *Boultif mot Sveits* var at inngrepet i utlendingens familieliv var uproporsjonal med formålet om å beskytte offentlig orden og innebar dermed et brudd på EMK på art 8.

Momentene det ble lagt vekt på i denne dommen, blir omtalt som ”guiding principles”. Det at betegnelsen ”guiding principles” brukes, vil si at momentene ikke er en uttømmende liste over relevante momenter i vurderingen. De er heller ment som en veiledning til hvordan EMD skal gå frem i slike saker.

Det blir ofte referert til ”Boultif-kriteriene” i norske avgjørelser i vurderingen om en utvisning vil være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, når utvisningen gjør det vanskelig for ektefellen eller familien å fortsette samlivet.<sup>95</sup>

#### 5.6.3.4 Üner mot Nederland, dom 18. oktober 2006

Saken gjaldt et utvisningsvedtak av en tyrkisk statsborger som hadde innvandret til Nederland som 12-åring sammen med resten av familien. Bakgrunnen for vedtaket var at utlendingen i 1993 ble dømt til syv års ubetinget fengsel for forsettlig drap og legemsbeskadigelse. Han hadde også tidligere begått flere mindre lovbrudd som han hadde blitt idømt bøter, betinget fengsel og samfunnstjeneste for.

Utlendingen hadde på tidspunktet for drapet permanent oppholdstillatelse og en sønn på ett år som han hadde fått med sin tidligere samboer, som var nederlandsk statsborger. Paret hadde bodd sammen et drøyt år, og hadde fortsatt nær kontakt.

---

<sup>95</sup> Se bl.a. Rt 2005 s. 229.

Om forholdets alvor uttaler EMD at lovbruddene er ”a very serious nature”, og det påpekes at det her er snakk om gjentatt kriminalitet. Retten legger ikke stor vekt på at utlendingen slapp ut av fengsel etter totredjedels soning.

I dommen omtales ”the guiding principles” fra Boultif-saken.<sup>96</sup> EMD fremsetter imidlertid ytterligere to momenter. Selv om disse kan være innbakt i de tidligere fremsatte momentene ønsker EMD å gjøre dem eksplisitte. Disse momentene er hensynet til barnas beste og ”well-being of the children”. Det blir her pekt på de problemer som vil kunne oppstå for barn ved å følge med til det landet som utlendingen blir utvist til, og hvor solide de sosiale, kulturelle og familiære båndene var til henholdsvis bostedsland og det landet som utlendingen skulle til.

EMD mener at utlendingen har sterk tilknytning til Nederland ettersom han kom i ung alder og har fått familie der. De mener imidlertid at han fortsatt har sosial og kulturell tilknytning til Tyrkia. EMD bemerker videre at utlendingen kun har bodd kort tid med samboeren og deres første barn. Det andre barnet har han aldri bodd med.

Betydningen av barnets alder og utvikling blir kommentert i dommen. Det blir uttalt at barna på henholdsvis seks og ett år anses for å være i en tilpasningsdyktig alder. EMD mener derfor at det er en mulighet for at barna og partneren kan bli med til Tyrkia da det kan forventes at de hurtig vil tilpasse seg livet i farens hjemland.

Retten kommer til at utvisning med innreiseforbud i ti år ikke var i strid med EMK art. 8. Familiens interesser veide i denne saken ikke opp for forholdets alvor.

I oppgavens pkt. 4.2.3 gjengis momenter fra forarbeidene som har betydning for forholdsmessighetsvurderingen etter utl. § 70. Disse momentene samsvarer godt med momentene som skal tillegges vekt etter Ünerdommen.

---

<sup>96</sup> Avsnitt 59.

## 6 Høring av barnet

### 6.1 Innledning

Retten til å bli hørt innebærer at barnet deltar eller medvirker i egen sak.<sup>97</sup> Formålet med uttaleretten er blant annet å belyse barnets sak, barnets livssituasjon og hvordan barnet berøres av saksforholdet.<sup>98</sup> Videre kan uttaleretten ivareta barnets verdighet og følelsen av å ha innflytelse på egen sak og eget liv. Barn er selvstendige individer med egne synspunkter, og det er viktig at deres meninger blir hørt og respektert. Siden barn i utgangspunktet ikke har samme mulighetene som foreldrene til å komme til orde og legge frem sin versjon av virkeligheten, er det avgjørende at myndighetene sikrer at barnets rett til å bli hørt blir ivaretatt.

BK art. 12 pålegger statene å la barn fritt gi uttrykk for sine synspunkter i alle forhold som vedrører dem. Dette er et grunnprinsipp ved Barnekonvensjonen, og er viktig fordi det vil være vanskelig for barnet å ivareta sine rettigheter etter konvensjonen uten at dets synspunkter kommer frem.

Utlendingsloven inneholder derimot ingen slik generell bestemmelse om barns rett til å uttale seg. Forslaget fra flere høringsinstanser om å innta en slik bestemmelse i den nye utlendingsloven ble ikke hørt av departementet.<sup>99</sup>

Det fremgår av forarbeidene til utlendingsloven at departementet anser at spørsmål om høring av barn bør reguleres i forskrift og i retningslinjer, og at reguleringen må tilpasses de ulike sakstyper og søknadssituasjoner.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> RS 2010-043, pkt. 2.1.

<sup>98</sup> RS 2010-043, pkt. 2.1.

<sup>99</sup> Ot.prp nr. 75 (2006-2007) pkt. 17.1.6.4.

<sup>100</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 17.1.6.4.

Når det gjelder utvisningssaker peker departementet på at det i denne sakstypen kan være ulike syn mellom foreldrene med hensyn til om barnet bør høres og at det kan fremstå som åpenbart unødvendig med en egen samtale med barnet.<sup>101</sup> Dette vil typisk være i de tilfeller hvor hensynet til barnet er presisert skriftlig fra en advokat i saken, og at det anførte er lagt til grunn av forvaltningen.

Departementet peker videre på at fvl. § 17 første ledd også gjelder for utlendingsforvaltningen. Det følger av denne bestemmelsen at barn har rett til å gi uttrykk for sitt syn i den grad de er i stand til å danne seg egne standpunkter i saken. Departementet uttaler at: ”prinsippet i barnekonvensjonen art. 12 ble inntatt i forvaltningsloven nettopp for å synliggjøre forvaltningens plikt etter barnekonvensjonen og for å sikre at forvaltningen sørger for at barnets synspunkter kommer fram og blir tatt hensyn til.”<sup>102</sup> I forarbeidene til endringene i forvaltningsloven uttaler Justisdepartementet at det vil føre til en oppsvulming av lovverket, dersom det skulle fastsettes særskilte saksbehandlingsregler i alle lover som angår barn.<sup>103</sup> Bestemmelsen i forvaltningsloven § 17 gjelder imidlertid kun for ”mindreårige parter” og vil dermed ikke komme til anvendelse i saker hvor utvisningsvedtaket retter seg mot barnets foreldre.

I utl. § 81 finner vi en særskilt hjemmel for nærmere forskriftsregulering. Det fremgår her av annet ledd at ”Kongen skal gi regler i forskrift om barns rett til å bli hørt.” Disse reglene har blitt gitt i utf. § 17-3, og blir omhandlet nedenfor.

Barnets beste-prinsippet i BK art. 3 vil også være aktuelt i forbindelse med gjennomføringen av høringsretten til barn. Bestemmelsen gjelder som kjent ved ”alle handlinger som berører barn.” Prinsippet kommer dermed ikke bare til anvendelse ved avgjørelsen av de materielle spørsmål, men skal også være det dominerende hensyn ved sakens gjennomføring. Dette betyr at også saksbehandlingen skal rette seg etter det som er best for barnet.

---

<sup>101</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 17.1.6.4.

<sup>102</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) pkt. 17.1.6.4.

<sup>103</sup> Ot.prp. nr. 45 (2002-2003). Pkt. 5.

Når det gjelder høring av barnet i utvisningssaker, er det få saker i rettspraksis som belyser dette temaet. Det er tydelig at dette er en mer innarbeidet rett innenfor rettsområdene barnerett og barnevernrett. I det følgende vil jeg ta utgangspunkt i å belyse retten etter BK art. 12 og utf. § 17-3.

## 6.2 Barnekonvensjonen art. 12

Retten til å uttale seg etter art. 12 er et av de fire generelle prinsippene i Barnekonvensjonen. Dette innebærer at artikkelen er av fundamental betydning for statenes gjennomføring av konvensjonen, og for tolkningen av konvensjonens andre artikler.<sup>104</sup>

Uttaleretten må ses i sammenheng med art. 17, som gir barn rett til tilgang på informasjon. Informasjon er en forutsetning for at barnet skal kunne danne seg veloverveide synspunkter, og art. 12 og art. 17 har dermed nær tilknytning. I utvisningssaker vil imidlertid dette være et problem, da barnet ikke har rett på tilgang til informasjon som omhandler en forelders utvisningssak.<sup>105</sup>

Den første delen av BK art. 12 setter opp en generell forpliktelse for medlemsstatene til å involvere barn i beslutningsprosesser som angår barnet. Det slås her fast at partene “skal garantere” barnets rett til fritt å gi uttrykk for sine synspunkter. I Generell kommentar nr. 12 uttaler komiteen at ordlyden ”er en spesielt kraftfull juridisk term som ikke etterlater noe rom for skjønn fra partenes side. Partene er derfor strengt forpliktet til å treffe egnede tiltak for å gjennomføre denne retten fullt ut for alle barn.”<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Hodgkin (2007) s. 149.

<sup>105</sup> Se pkt. 3.4.

<sup>106</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr.12 avsnitt. 19.

Retten til å bli hørt etter BK art. 12 første ledd gjelder videre alle barn, i den utstrekning barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter. Artikkelen stiller med andre ord ikke opp noen aldersgrense, men er fleksibel slik at den følger barnets utvikling. I Generell kommentar nr. 12 fraråder komiteen at partene innfører aldersgrenser, enten det er i lovverket eller i gjeldende praksis, ettersom dette vil begrense barnets rett til å bli hørt i alle forhold som vedrører han eller henne.<sup>107</sup>

Når barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal barnet fritt kunne gi uttrykk for synspunktene. "Fritt" betyr at barnet ikke skal manipuleres eller utsettes for utilbørlig påvirkning eller press. Det innebærer videre at barnet kan gi uttrykk for sine synspunkter uten press, det vil si at barnet ikke har noen plikt til å uttale seg. Det kan forekomme at barnet ikke ønsker å uttale seg eller at barnet ikke har noe synspunkt, slik at det rett og slett ikke kan uttale seg. I henhold til at barnet ikke har noe synspunkt om saken uttaler barnekomiteen i Generell kommentar nr. 12 at "Partene skal sørge for at barnet får all den informasjon og den veiledning det trenger, for å ta en avgjørelse som er til hans eller hennes beste."<sup>108</sup>

Art. 12 fastslår videre at barnets syn både skal innhentes, og at barnets synspunkter skal tillegges vekt. At barnets synspunkter skal vektlegges innebærer at det å lytte til barnet er utilstrekkelig. Når barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal barnets synspunkter tas alvorlig.<sup>109</sup> Det at BK art. 12 krever at barnets synspunkter skal gis behørig vekt, er med på å anerkjenne at barn er selvstendige individer som skal tas på alvor, og at deres integritet skal respekteres.

Det følger videre av bestemmelsen at synspunktene skal vektlegges i samsvar med barnets alder og modenhet. I følge barnekomiteen refererer modenhet seg til "barnets evne til å gi uttrykk for sine synspunkter i en sak på en fornuftig og selvstendig måte."<sup>110</sup> De uttaler videre at det også må "tas i betraktning hvilke følger saken kan få

---

<sup>107</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr.12 avsnitt. 21.

<sup>108</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr.12 avsnitt. 16.

<sup>109</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr.12 avsnitt. 28.

<sup>110</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr. 12, avsnitt 30.

for barnet. Jo større virkning utfallet av saken har på barnets liv, desto mer relevant er en kompetent vurdering av barnets modenhet.”<sup>111</sup>

Bestemmelsens annet ledd er rettet spesielt mot rettslige og forvaltningsmessige prosesser som angår barnet, og pålegger medlemsstatene å la barnet få mulighet til å uttrykke sitt syn i slike saker. Barnekomiteen understreker at denne bestemmelsen gjelder alle relevante rettslige prosesser som angår barnet, uten unntak.<sup>112</sup>

Bestemmelsen sier lite om hvordan uttalelsene skal innhentes og i hvilke former uttalelsene skal avgis. Barnekomiteen anbefaler at barnet gis anledning til å bli hørt direkte der dette er mulig.<sup>113</sup> Dersom barnet blir hørt gjennom en representant påpeker barnekomiteen viktigheten av at representanten utelukkende representerer barnets interesser, og ikke interessene til andre personer.<sup>114</sup>

Det er videre opp til det enkelte lands saksbehandlingsregler hvordan høringsretten skal gjennomføres. Barnekomiteen oppfordrer staten til å rette seg etter de grunnleggende regler for rettferdig saksbehandling og understreker at det ikke tillates bruk av saksbehandlingsregler som begrenser eller forhindrer utøvelsen av rettigheten.<sup>115</sup>

I forarbeidene til utlendingsloven uttaler departementet at BK art 12 ikke medfører at forvaltningen alltid må høre barnet direkte, men at ”det ofte vil være tilstrekkelig at barnets syn er innhentet via den som representerer barnet i forvaltningssaken.”<sup>116</sup>

---

<sup>111</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr 12, avsnitt 30.

<sup>112</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr 12, avsnitt 32.

<sup>113</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr 12, avsnitt 35.

<sup>114</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr 12, avsnitt 37.

<sup>115</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr 12, avsnitt 38.

<sup>116</sup> Ot.prp. nr 75 (2006-2007), pkt. 3.7.2.

## 6.3 Utlendingsforskriften § 17-3

### 6.3.1 Innledning

Formålet med barns rett til å uttale seg i utlendingssaker er å sikre at barnets rettigheter til å uttale seg i henhold til BK art. 12 ivaretas, og samtidig få frem de opplysninger som er tilgjengelig for å få den enkelte sak tilstrekkelig opplyst.

Det følger av utf. § 17-3 annet ledd, annet punktum at ”Utlendingsdirektoratet gir utfyllende retningslinjer om hvordan barnets uttalerett skal gjennomføres, tilpasset de ulike sakstyper og søknadssituasjoner.” Disse retningslinjene fremgår av UDIs rundskriv, RS 2010-043 som i tillegg til å sikre at barnets rett etter BK art. 12 og ulf. § 17-3 ivaretas, har som formål å sikre at det synliggjøres i vedtaket at barnets rett til å bli hørt er ivarettatt og at det fremgår av vedtakene hvordan barnets synspunkter er tatt hensyn til.<sup>117</sup>

Det uttales i rundskrivet at ”for utlendingssaker er BK art. 12 nå inkorporert gjennom utf. § 17-3 og § 17-5.”<sup>118</sup> Det betyr at forståelsen av art. 12 som jeg har redegjort for over, også er relevant i forhold til forståelsen av utf. § 17-3.

### 6.3.2 Hvem gjelder retten for?

I utf. § 17-3 første ledd oppstilles det en rett for barn over syv år til å få informasjon, og til å uttale seg før det fattes vedtak i utlendingssaker som berører barnet. Barn over syv år har disse rettighetene uavhengig av individuelt utviklingsnivå eller modenhet. Barn under syv år har en tilsvarende rett dersom de er i stand til å danne seg egne synspunkter. Dette er en skjønnsmessig regel som må vurderes konkret i forhold til det barnet det gjelder. Det fremgår av rundskrivet at foreldrenes oppfatning av hvor modent

---

<sup>117</sup> RS 2010-043, pkt 1.

<sup>118</sup> RS 2010-043, pkt 2.2.



barnet er, som hovedregel kan legges til grunn.<sup>119</sup> Det avgjørende er at barnet skal være i stand til å danne seg egne synspunkter, det vil si at barnet har nådd en modenhetsgrad som gjør at det har evnen til å mene noe som har betydning for saken.<sup>120</sup> Dersom et barn er under syv år, må det altså foretas en konkret vurdering av barnets utviklingsnivå for å avgjøre om det er i stand til å danne seg egne synspunkter.

Som nevnt over fraråder barnekomiteen at partene innfører aldersgrenser, og mener dette vil begrense barnets rett til å bli hørt i alle forhold som vedrører han eller henne.<sup>121</sup> Sandberg uttaler derimot at en slik regel som vi finner i utf. § 17-3 ikke er i strid med konvensjonen fordi den ikke innskrenker barnets rett. Tvert imot er regelen ment å sikre at større barns meninger blir vektlagt tilstrekkelig i saker som angår personlige forhold for barnet.<sup>122</sup>

Det er dessuten blitt foretatt endringer i adopsjonsloven, barnevernloven og barneloven som også er relevant for hvordan barnets uttalerett skal forstås og praktiseres. Både barneloven, barnevernloven og adopsjonsloven har fått en nedre aldersgrense på sju år for ubetinget rett for barnet til å få informasjon og til å uttale seg. Det er i tillegg inntatt en skjønnsmessig adgang til dette for de yngre barna.<sup>123</sup> Når barnet er fylt 12 år skal det legges stor vekt på hva barnet mener. Bakgrunnen for endringene var BK art. 12, og siktemålet var å synliggjøre bestemmelsen og sikre respekten for barns synspunkter.<sup>124</sup>

Det er videre viktig å understreke at i tråd med BK art. 12 har barnet ingen uttaleplikt, bare uttalerett.<sup>125</sup>

---

<sup>119</sup> RS 2010-043, pkt 2.2.

<sup>120</sup> RS 2010-043, pkt 2.2.

<sup>121</sup> FNs barnekomité's Generell kommentar nr.12 avsnitt. 21.

<sup>122</sup> Høstmølingen (2008) s. 94.

<sup>123</sup> Adopsjonsloven § 6, barneloven § 31, barnevernloven § 6-3.

<sup>124</sup> Ot.prp nr. 45 (2002-2003) pkt. 2.

<sup>125</sup> RS 2010-043, pkt 2.2.

### 6.3.3 Vekten av barnets uttalelse

Dersom man er kommet frem til at et barn skal bli hørt, må det så avgjøres hvilken vekt det skal legges på den meningen barnet måtte ha. Etter utf. § 17-3 tredje ledd skal barnets syn tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.

Det må her foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak. Dess eldre og mer modent barnet er, jo større vekt skal barnets mening tillegges. Men barnets mening skal ikke nødvendigvis tillegges avgjørende vekt. Barnets mening vil være ett av flere momenter som inngår i en helhetsvurdering.

### 6.3.4 Gjennomføringen av barnets høringsrett

Det følger av rundskrivet at saksbehandleren som vurderer å utvise barnets forelder i forhåndsvarselet skal informere om barnets rett til å uttale seg. Dette forhåndsvarselet gis som tidligere nevnt kun til den som vurderes utvist, og det blir dermed opp til barnets foreldre, eventuelt advokat, å informere barnet om dets rett til å bli hørt og ta stilling til på hvilket stadium i saksbehandlingen barnet skal involveres.<sup>126</sup>

Barnets uttalerett kan ivaretas på ulike måter. Barnet kan uttale seg muntlig, direkte eller indirekte gjennom foreldrene, verge eller andre omsorgspersoner.

I de tilfellene det avholdes en samtale med barnet, må samtalen holdes på barnets premisser, og utformes slik at barnets rett til å uttale seg fritt blir ivaretatt på best mulig måte. Dette innebærer blant annet at barnet har fått nødvendig informasjon om saken, at det blir satt av god tid, og at samtalen foregår i en trygg og tillitsvekkende atmosfære. I tillegg skal barnets foreldre som hovedregel være til stede under samtalen.

---

<sup>126</sup> RS 2010-043, pkt. 6.5.3.

Dersom en utvisningssak blir klaget inn til UNE, må UNE ”vurdere om saksbehandlingen i UDI og opplysninger i klagen tilstrekkelig har ivare tatt barnets rett til å bli hørt, eller om ytterligere høring bør finne sted under klagebehandlingen, fortrinnsvis ved innhenting av skriftlig tilleggsinformasjon via forelder/verge/advokat.”<sup>127</sup>

### 6.3.5 Hva samtalen skal inneholde

Som nevnt i innledningen<sup>128</sup> er formålet med uttaleretten blant annet å belyse barnets sak, barnets livssituasjon og hvordan barnet berøres av saksforholdet.

UDIs rundskriv oppregner følgende områder som er relevant for innholdet av samtalen og som skal så langt det er mulig belyses i alle saker: ”Barnets forhold til blant annet omsorgspersoner i Norge og hjemlandet, helsesituasjon, bekymringer knyttet til utlendingssaken, skolegang, venner, bosted, arbeid, generelle oppvekstvilkår der barnet befinner seg, og hvordan barnet ser for seg sin situasjon etter at utlendingssaken er avgjort.”<sup>129</sup>

I forhold til en utvisningssak som gjelder barnets forelder kan barnet bli berørt av vedtaket på ulike måter og barnets høring må tilpasses den situasjonen barnet er i. Dersom et utvisningsvedtak vil føre til at familien splittes, må barnet gis mulighet til å uttale seg om hvordan det vil bli å miste den kontakten det har hatt med sin forelder forut for utvisningen. Dersom vedtaket kan medføre at barnet må forlate landet sammen med en eller begge foreldrene, er det viktig at barnet gis mulighet til å uttale seg om dette.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> IR av 31.05.10 om barn i UNEs saker, pkt. 8.1.

<sup>128</sup> Se pkt 6.1.

<sup>129</sup> RS 2010-043, pkt. 3.3.2.

<sup>130</sup> RS 2010-043, pkt. 6.5.3.

## 6.4 Konsekvenser av at barnet ikke blir hørt

Slik utf. § 17-3 er utformet, gir den barnet en ubetinget rett til å uttale seg. Dette er også tilfelle etter BK art. 12 som også oppstiller en ”skal-bestemmelse”. Ordlyden taler altså for at barnets uttalerett er en absolutt rett som det ikke kan gjøres unntak fra, og at det dermed vil være en saksbehandlingsfeil dersom et barn over syv år ikke er gitt anledning til å uttale seg før det blir truffet et vedtak om utvisning av barnets forelder.

Spørsmålet er imidlertid om denne saksbehandlingsfeilen kan føre til opphevelse av utvisningsvedtaket. Det er på det rene at ikke alle vedtak som lider av feil i saksbehandlingen er ugyldige. Bestemmelsen i forvaltningsloven § 41 åpner for muligheten for å anse et vedtak gyldig selv om det er begått feil som kan ha virket inn på resultatet.<sup>131</sup> Etter ordlyden er bestemmelsen begrenset til saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven og til saker som gjelder enkeltvedtak. Et vedtak om utvisning er et enkeltvedtak, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a. Saksbehandlingsreglene om barns høringsrett i saker hvor en forelder vurderes utvist, fremgår imidlertid ikke av forvaltningsloven. Høringsretten etter fvl. § 17 gjelder som tidligere nevnt kun i saker hvor barnet er part. Det er imidlertid antatt at det prinsippet fvl. § 41 gir uttrykk for, normalt kan anvendes også ved brudd på saksbehandlingsregler i særlovgivningen,<sup>132</sup> som i dette tilfelle vil være utf. § 17-3.

Etter fvl. § 41 vil ikke brudd på saksbehandlingsregler medføre ugyldighet dersom ”det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold”. Bestemmelsen gir anvisning på en sannsynlighetsvurdering hvor det er nok at det er en ikke helt fjerntliggende mulighet for at feilen kan ha virket inn på resultatet.<sup>133</sup> Det må her altså foretas en konkret vurdering av om barnets uttalelse ville kunne ha medført noen endring i vedtakets innhold.

---

<sup>131</sup> Eckhoff (2006) s. 449.

<sup>132</sup> Knoph s. 739.

<sup>133</sup> Eckhoff (2006) s. 449.

Når det gjelder barnets uttalellesrett på området for barnefordelingssaker blir det slått fast i Rt. 1999 s. 1183 at barnets rett til å uttale seg etter bl. § 31 (2) er absolutt. Høyesterett uttalte i denne saken at dersom retten ikke blir ivaretatt, vil det føre til en opphevelse av avgjørelsen som følge av saksbehandlingsfeil.

Det foreligger imidlertid ingen rettsavgjørelser som belyser dette temaet i utlendingssaker. Dette har betydning med at barnets høringsrett ikke praktiseres like sterkt i utlendingssaker sammenlignet med for eksempel i en barnefordelingssak. Det fremgår av en studie fra ISF utført på oppdrag fra UDI at barn ikke blir rutinemessig hørt i saker hvor en av foreldrene skal utvises.<sup>134</sup> Dette fører videre til at manglende høring av barn ikke blir påberopt som en saksbehandlingsfeil. FNs barnekomité er betenkt over at barnets rett til å bli hørt ikke er fullt ut implementert i praksis eller effektivt praktisert i alle faser av prosesser der man treffer beslutninger eller kommer fram til ordninger for barns liv. De uttaler at dette gjelder særlig i saker om omsorg for barn og i utlendingssaker.<sup>135</sup> Komiteen anbefaler parten å videreføre og styrke arbeidet med å implementere fullt ut artikkel 12 i konvensjonen.<sup>136</sup> En lovfesting av barnets høringsrett i utlendingsloven vil innebære en fordel både for praktiseringen og synliggjøringen av høringsretten.

## 6.5 Forholdet mellom barnets uttalerett og barnets beste

Det kan tenkes at det å høre barn i en utvisningssak ikke er til barnets beste. Barnets uttalerett reiser en rekke dilemmaer og det kan forekomme tilfeller hvor barnet vil kunne havne i en vanskelig situasjon dersom det velger å uttale seg. Når det gjelder utvisningssaker kan foreldre ha ulikt syn på om barnet skal høres og om hva som er best for barnet. Dette kan sette barnet i en lojalitetskonflikt.

---

<sup>134</sup> Å høre barn i utlendingssaker, s. 185.

<sup>135</sup> Behandling av Norges fjerde rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen, pkt. 26.

<sup>136</sup> Behandling av Norges fjerde rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen, pkt. 27.

Uttaleretten kan også føre til at barnet får skyldfølelse dersom utvisningsvedtaket blir opprettholdt. Videre vil det kunne være belastende for barnet dersom barnet må fortelle om traumatiske opplevelser som har betydning for saken.

Det vil i tillegg være en fare for at barn kan bli utnyttet i utvisningssammenheng. Det kan for eksempel forekomme saker hvor en forelder som stort sett har vært fraværende hittil i barnets oppvekst, ved truende oppførsel mot barnet og/eller den andre forelderen, sikrer seg familiens støtte i at han eller hun har tett og god kontakt med barnet.<sup>137</sup>

Spørsmålet er imidlertid om barnets rett til å uttale seg kan settes til side hvis hensynet til barnets beste tilsier noe annet. Dr. Juris Elisabeth Gording Stang uttaler at man ikke kan tilsidesette barns rettigheter etter BK art. 12 under henvisning til barnets beste.<sup>138</sup> Også Unicefs håndbok til BK vektlegger dette. Det uttales her at konvensjonen ikke gir støtte for å innføre en minimumsgrense for når barnet skal høres og fastslår at ”States cannot quote the best interests principle to avoid fulfilling their obligations under article 12.”<sup>139</sup> Det er imidlertid viktig å huske på at barnets uttalerett er en rettighet, og ikke en plikt. Dersom barnet oppfatter samtalene som problematiske, og ikke vil uttale seg, behøver det heller ikke å gjøre dette.

## 6.6 Hvordan sikre en kvalifisert saksbehandling som ivaretar barnet beste?

I saker hvor hensynet til barnets beste taler mot utvisning, er det viktig at saken sikres en særlig kvalifisert saksbehandling i UDI og UNE. En gruppe i stortingskomiteen mente det burde lages egne saksbehandlingsregler for sakene hvor barn er involvert.<sup>140</sup> Dette har imidlertid ikke skjedd. Det er en nødvendig forutsetning for å ta stilling til forholdsmessigheten av en utvisning overfor utlendingens barn, at man har tilstrekkelig

---

<sup>137</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 15.6.3.

<sup>138</sup> Stang (2008) s.46.

<sup>139</sup> Hodgkin (2007), s. 153.

<sup>140</sup> Se Innst.O. nr 42 (2007-2008) pkt. 16.

dokumentasjon av, utredning av og kunnskap om barnets situasjon.<sup>141</sup> Det er videre viktig at dette blir tilstrekkelig synliggjort i utvisningsvedtaket.

UDI har utarbeidet et rundskriv som omhandler kvaliteten i saksbehandlingen. Det følger av dette rundskrivet at jo mer inngripende et vedtak er, desto større grunn er det til å være oppmerksom på saksbehandlingsregler som ivaretar hensynet til retts-sikkerheten.<sup>142</sup> Det er ikke tvil om at et utvisningsvedtak er svært inngripende, og det bør derfor stilles høye krav til saksbehandlingsreglene. For at rettsikkerheten skal ivaretas er det blant annet viktig at saksbehandleren har skrevet et godt forståelig og tydelig begrunnet vedtak.<sup>143</sup> BK art. 3 må videre tolkes slik at en løsning som er klart til barnets beste skal velges dersom ikke tungveiende hensyn taler imot. Bestemmelsen krever dermed at det foretas en konkret vurdering av mothensynene i den enkelte sak. Dette betyr blant annet at standardbegrunnelser ikke tilfredsstiller kravet til begrunnelse etter BK art 3.

Fra bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse 2006 følger det at UDI har som mål å synliggjøre bedre de vurderingene som er gjort når det gjelder hensynet til barn i utvisningssaker. Dette synet blir videre presisert i UDIs interne melding fra 2010. Det fremgår her at UDI alltid bør gi en konkret og utfyllende begrunnelse for vurderingen i de tilfellene der utvisning fremstår som inngripende overfor utlendingens barn. ”Det bør fremgå av denne begrunnelsen at hensynet til barnets beste er blitt vurdert, og hvordan dette hensynet er blitt vektlagt i forholdsmessighetsvurderingen.”<sup>144</sup>

I bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse 2006 uttales det imidlertid at vurderingene som er gjort når det gjelder hensynet til barnet ofte fremgår av såkalte merknader som ikke er tilgjengelige for partene. Dette er et problem i henhold til rettssikkerheten. Uten innsyn i disse merknadene er det umulig å overprøve de vurderingene saksbehandlerne faktisk gjør, eventuelt ikke gjør. Selv om et krav om begrunnelse følger av fvl. § 25 bør

---

<sup>141</sup> Meidell (2010) s 183.

<sup>142</sup> RS 2010-109.

<sup>143</sup> Fvl. § 25.

<sup>144</sup> IM 2010-001.

det vurderes om det er mulig å lovfeste et sterkere krav til begrunnelse når det gjelder vurderingen av barnets beste, enten i loven eller i forskriften.

Det er videre et vesentlig element for å sikre at saksbehandlingen ivaretar barnets beste at vurderingen gjøres av personer med tilstrekkelig barnefaglig kompetanse.

I ISF sin studie om å høre barn i utlendingssaker pekes det på at manglende barnefaglig kompetanse hos intervjuerne er en av flere årsaker til at barnesamtalene ikke blir gode utredningssamtaler.<sup>145</sup> For å sikre at barnets beste blir ivaretatt er det etter mitt syn en nødvendighet at saksbehandlerne har en grunnleggende kompetanse om barns særskilte behov på utlendingsfeltet. Dette innebærer at saksbehandlere i utvisningsenheten må få tilstrekkelig kunnskap om konsekvensene utvisningen kan ha for barn, og generelt hva de barnerelaterte konsekvensene vil være av avgjørelsene de tar.

Det bør eventuelt oppstilles et krav til bruk av sakkyndige med barnefaglig kompetanse i saker som gjelder barnets beste. Et utvisningsvedtak som innebærer at en familie splittes kan få avgjørende betydning for blant annet barnets utvikling, livskvalitet og psykiske helse. Beslutninger om det enkelte barns beste vil ofte bygge på erfaringskunnskap om barn. Det vil derfor være viktig å engasjere sakkyndige som har denne erfaringskunnskapen for å sikre et godt og barnefaglig kvalifisert underlag for de beslutninger som skal tas. Dersom det ikke blir foretatt en slik vurdering av barnet, kan det føre til at en rekke utvisningsvedtak treffes på mangelfullt grunnlag. De sakkyndiges vurderinger og råd må videre tillegges stor vekt.

Videre bør det alltid være full nemnd i UNE med personlig oppmøte i saker der et vedtak kan føre til at familier splittes. Avgjørelsesnivåene i UNE er sekretariatet, nemndleder, nemndmøte og stornemnd.<sup>146</sup> Det følger av utl. § 78 fjerde ledd første punktum at ”Utlendingsnemnda bestemmer selv avgjørelsesformen, med unntak av saker som behandles etter annet ledd”. Utl. § 78 tredje ledd sier at saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål, kan avgjøres av en nemndleder alene eller av sekretariatet.

---

<sup>145</sup> Å høre barn i utlendingssaker.

<sup>146</sup> Utl. § 78.



Legmedlemmene har ingen mulighet til å vurdere eller påvirke silingen av saker, fordi de blir nektet innsyn i andre saker enn de få som behandles i nemndmøte, der legfolk selv deltar. Dersom UNE kommer til at klagen på et utvisningsvedtak må anses som åpenbart grunnløse, vil klagen kunne bli behandlet kun av en nemndleder alene eller av sekretariatet. Dette er meget uheldig da vurderingen av barnets beste og vektingen av barnets beste opp mot andre hensyn er krevende. Disse sakene bør derfor alltid kategoriseres som saker med vesentlig tvil slik at det settes krav til at saken behandles i full nemnd i UNE.

## **7 Avsluttende kommentarer**

Hensynet til barnets skal i henhold til BK art. 3 være et ”grunnleggende hensyn” i alle handlinger som berører barn. Selv om barnekonvensjonen skal ha forrang ved motstrid med annen norsk lovgivning, må likevel dette hensynet ofte vike for innvandringspolitiske hensyn i en utvisningssak. Som vi har sett av rettspraksis over kreves det at belastningen for den utvistes barn må være særlig tyngende dersom utvisningen skal anses uforholdsmessig. Etter mitt syn er den store vektleggingen av innvandringspolitiske hensyn i en del saker som berører barn, ikke forenelig med BK art. 3.

FNs barnekomité har vært avvisende til å la mer generelle hensyn til innvandringskontroll slå igjennom overfor den enkelte barns beste, og er betenkt over at prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, fortsatt ikke gjelder på alle områder som angår barn. Barnekomiteen er videre betenkt over at barnets rett til å bli hørt ikke er fullt ut implementert i praksis eller effektivt praktisert i utlendingssaker.

Utfordringen fremover for norsk rett er etter mitt syn ikke bare å sikre at hensynet til barnets beste styrkes i utvisningssaker, men også å sikre at barnets rett til å bli hørt blir tilstrekkelig gjennomført.

Utvisning av en forelder er noe som i høyeste grad angår barnet, og jeg ser derfor ingen grunn til at høringsretten for barn i utvisningssaker ikke skal få samme rettstilling og prosessforutsetninger som uttaleretten har i barnefordelingssaker.

Hensynet til barnets beste har imidlertid fått en større rolle i utvisningssaker nå enn tidligere. Både forvaltningen og domstolene synes gjennomgående å vektlegge dette ved sine avgjørelser. Det påberopes også i større grad av sakkyndige, advokater og interesseorganisasjoner. Tematikken for om barnets beste vektlegges nok vil ventelig bli tvisttema i flere saker fremover.

## Litteraturliste

### Juridisk litteratur:

- Bunæs, Runa, Kristin Ottesen Kvigne og Bjørn Vandvik (red.): *Utlendingsrett*. Oslo, 2004.
- Einarsen, Terje: *Utlendingsloven med kommentarer*, fagbokforlaget. Bergen, 2008.
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 8.utg. Oslo, 2006.
- Gisle, Jon: *Jusleksikon*, Kunnskapsforlaget, 2.utg. Drammen, 2002.
- Hodgkin Rachel og Peter Newell (red.) for UNICEF: *Implementation handbook for the convention of the rights of the child*. 3.utg. Geneva, 2007.
- Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.): *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge*. Oslo, 2008.
- Høstmælingen, Njål: *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo, 2003.
- Knophs *oversikt over Norges rett*, 12 utg. Bergen, 2003.
- Lorenzen Peer, Lars Adam Rehof og Tryge Trier: *Den Europæiske Menneskeretskonvention*. Danmark, 1994.
- Meidell, Merete Havre: *Brutte bånd ved utvisning av foreldre- rettferdig for hvem?* En artikkel i boka: Halsaa, Beatrice og Anne Hellum (red.): *Rettferdighet*. Oslo, 2010.
- Stang, Elisabeth Gording (2008): Barn, tortur og retur- den rettslige betydningen av barnespesifikk tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling i asylsaker, herunder barns returvern. Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 4/2008, Oslo.

### Lovgivning:

- Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven) av 15.mai 2008 nr. 35
- Lov om norsk statsborgerskap (statsborgerloven) av 10.juni 2005 nr. 51
- Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr. 30
- Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17.juli 1992 nr. 100
- Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven) av 24.juni 1988 nr. 64

- Lov om adopsjon (adopsjonsloven) av 28. februar 1986 nr. 8
- Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7
- Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967
- Forskrift om utlendingers adgang til ticket og deres opphold her (Utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr. 1286

#### Konvensjoner:

- Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 4. november 1950
- FN-konvensjonen om barns rettigheter av 20. november 1989

#### Forarbeider:

- Innst.O. nr. 42 (2007-2008): Innstilling fra kommunal-og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
- NOU 2004:20: Ny utlendingslov
- Ot.prp nr. 75 (2006-2007): Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
- Ot.prp nr. 45 (2002-2003): Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

#### Rundskriv / Interne meldinger:

- Justis- og politidepartementets rundskriv GI-18/2010: Instruks om å stille saker i bero og å gi utsatt iverksettelse av vedtak i påvente av endringer i utlendingsforskriften § 14-1.
- Justis- og politidepartementets rundskriv GI-2010-006: Ikrafttredelse av endring i utlendingsforskriften § 14-1. Opphør av rundskriv GI-18-2010.
- UDI Rundskriv 2010-109: Kvalitet i saksbehandlingen.

- UDI Rundskriv 2010-024: Utvisning etter utlendingsloven §§ 66,67 og 68-brudd på utlendingsloven og/eller straffbare forhold.
- UDI Rundskriv 2010-043: Høring av barn i utlendingssaker- unntatt asylsaker, jf utlendingsforskriften §§ 17-3 og 17-5.
- UDI Interne Meldinger, IM 2010-001: Vedtak om utvisning og vilkåret om at vedtaket ikke må være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene, jf. utlendingsloven § 70.
- UDI Interne Meldinger, IM 1999-036, brev fra Justisdepartementet av 24.juni 1999: Utvisning av utlendinger med barn i Norge.
- UNE Interne retningslinjer, IR av 31.05.10 om barn i UNEs saker.
- UDI (2006): Barnets beste og regulert innvandring-en motsetning? Bakgrunnsnotat til UDIs vårkonferanse 2006.

#### Rettspraksis:

- Rt. 2009 s. 930
- Rt. 2009 s. 705
- Rt. 2009 s. 534
- Rt. 2008 s. 560
- Rt. 2005 s. 229
- Rt. 2000 s. 591
- Rt. 1995 s. 72
- Rt. 1993 s. 1591
- LB. 2008 s. 4153

#### EMD avgjørelser:

- Üner mot Nederland, dom 18. oktober 2006
- Boultif mot Sveits, dom 2. august 2001
- Berrehab mot Nederland, 18. februar 1988
- Tyrer mot Storbritannia, dom 25. april 1978
- Handyside mot UK, dom av 7. desember 1976

Nettdokumenter:

- Barneombudet.

[http://www.barneombudet.no/barnekonvensjonen/tolkninger/barns\\_rett/](http://www.barneombudet.no/barnekonvensjonen/tolkninger/barns_rett/)

- Behandlingen av Norges fjerde rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen. Avsluttende merknader fra FNs komité for barnets rettigheter, januar 2010.

<http://www.regjeringen.no/pages/14017358/Q-1173BInnmat.pdf>

- Behandlingen av Norges tredje rapport til FN om oppfølging av barnekonvensjonen. Avsluttende merknader fra FNs komité for barnets rettigheter, juni 2005.

[http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Barnets%20rettigheter/Tredje\\_rapport\\_FN\\_barnekonvensjon.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Barnets%20rettigheter/Tredje_rapport_FN_barnekonvensjon.pdf)

- Justis- og politidepartementet: Høringsbrev om endring i utlendingsforskriften og utlendingsinternatforskriften- Gjennomføring av returdirektivet i norsk rett. 08.09.2010. (<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horingsbrev-om-endring-i-utlendingsforsk/horingsbrev.html?id=613842>)

- Komiteen for barnets rettigheter: Generell kommentar nr.12 (2009)- Barnets rett til å bli hørt.

<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Barnets%20rettigheter/Generell%20kommentar%2012.pdf>.)

- Komiteen for barnets rettigheter: Generell kommentar nr.7 (2005)- Gjennomføring av barnets rettigheter i tidlig barndom.

<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Barnets%20rettigheter/Generell%20kommentar%207.pdf>)

- Komiteen for barnets rettigheter: Generell kommentar nr. 5 (2003)- Generelle tiltak til gjennomføring av Konvensjonen om barnets rettigheter (artiklene 4 og 42 og artikkel 44 nr. 6).

<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Barnets%20rettigheter/Generell%20kommentar%205%20-%2031%208%2009.pdf>)

- Lidén, Hilde, Hilde Rusten og Monica Five Aarset: Å høre barn i utlendingssaker. Institutt for samfunnsforskning (2008).

<http://www.udi.no/upload/h%C3%B8ringbarn.pdf>)

- Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005–2009.

([http://www.regjeringen.no/upload/SMK/Vedlegg/2005/regjeringsplatform\\_SoriaMoria.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/SMK/Vedlegg/2005/regjeringsplatform_SoriaMoria.pdf))

- Rettspolitisk forening: Høringsuttalelse til utlendingsforskriften.

(<http://www.regjeringen.no/pages/2199903/Rettspolitisk%20forening.pdf>)

- UNEs praksisdatabase (<http://www.une.no/Praksis2/Praksisbase/>)

- UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child 2008

(<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/48480c342.pdf>)

